



Universidade de Aveiro
2009

Secção Autónoma de Ciências Sociais, Jurídicas e
Políticas

**Sandra Marisa de
Araújo Pereira
Pinto de Meneses**

Contratualismo na *praxis* Administrativa

Dissertação apresentada à Universidade de Aveiro para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Gestão Pública, realizada sob a orientação científica do Dr. José Manuel Lopes da Silva Moreira (Professor Catedrático) e Mestre Luís Miguel Simões Lucas Pires, da Secção Autónoma de Ciências Sociais, Jurídicas e Políticas da Universidade de Aveiro

Dedico este trabalho aos meus pais, ao Paulo e ao Rui pelo seu incansável apoio.

o júri

presidente

Doutora **Maria Luís Rocha Pinto**
professora associada da Universidade de Aveiro

vogais

Doutor **José Manuel Lopes da Silva Moreira**
professor catedrático da Universidade de Aveiro (**Orientador**)

Doutor **Pedro António Pimenta Costa Gonçalves**
professor auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Mestre **Luís Miguel Simões Lucas Pires**
assistente da Universidade de Aveiro (**Co-Orientador**)

agradecimentos

Ao Doutor José Manuel Lopes da Silva Moreira e ao Mestre Luís Miguel Simões Lucas Pires, quero agradecer, reconhecidamente, a disponibilidade, as observações e sugestões que graciosamente me proporcionaram na elaboração deste estudo.

palavras-chave

administração pública, contratos públicos, poderes exorbitantes, direito comunitário, contencioso, arbitragem, tribunal de contas.

resumo

A presente dissertação pretende contribuir para a discussão dos temas da conformidade do Código dos Contratos Públicos com o Direito Comunitário sobre Contratos Públicos, em termos do seu âmbito de aplicação objectivo e subjectivo, assim como, da validade da tradicional distinção entre contratos administrativos e contratos de direito privado outorgados pela Administração Pública.

Para tanto serão abordados assuntos tais como: as formas de actuação administrativa; análise comparativa entre contrato administrativo e acto administrativo; os modelos clássicos de contratação administrativa na Europa e a sua evolução; os sistemas de contratação administrativa espanhol e britânico; exame das principais inovações introduzidas pelo recente Código dos Contratos Públicos, bem como das razões subjacentes à sua emanação, a sua estrutura e linhas orientadoras; o conteúdo do Direito Comunitário sobre contratação pública e a conformidade do Código dos Contratos Públicos com esse mesmo direito; a posição assumida pelo Direito Comunitário relativamente à figura do contrato administrativo; os poderes exorbitantes de que a Administração Pública usufrui na execução dos contratos administrativos; as diferenças de regime entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública em relação às invalidades contratuais, ao contencioso administrativo, ao controlo jurisdicional exercido pelo Tribunal de Contas e à arbitragem.

keywords

Public Administration, public procurement, exorbitant powers, law of the European Union, litigation, arbitration, Court of Accounts.

abstract

This dissertation aims to contribute to the discussion of issues of compliance of the Code of Public Contracts with law of European Union on public procurement, in terms of its scope, objective and subjective, as well as the validity of the traditional distinction between administrative contracts and contracts for private law granted by the Public Administration.

For both issues we will discuss subjects such as: the forms of administrative action; comparative analysis of contract administration and administrative act; the classical models of administrative procurement in Europe and its development; the Spanish and British administrative systems of procurement; examination of the major innovations introduced by the recent Code of Public Contracts, and the reasons for its emanation, its structure and guidelines; the content of the law of European Union on public procurement and compliance of the Code of Procurement with that law; the position taken by the law of European Union on the figure of the administrative contract; the powers that the Public Administration enjoys in the implementation of administrative contracts; the differences between the regime of administrative contracts and private contracts awarded by the Public Administration in terms of nullity, the administrative litigation, the control jurisdiction exercised by the Court of Accounts and the arbitration.

Plano de Trabalho

Introdução.....	9
1.1 - Formas de Actuação Administrativa.....	11
1.2 - Confronto Acto Administrativo Vs Contrato.....	13
1.3 – Contratação Administrativa.....	16
2.1 – Modelos Clássicos de Contratação Administrativa.....	19
2.2 – Sistema Espanhol e Britânico de Contratação Administrativa.....	27
2.3- Sistema Português de Contratação Administrativa.....	30
3.1 - Código de Contratos Públicos.....	40
4.1 - Direito Comunitário.....	46
4.2- Directivas Comunitárias de 2004.....	52
4.3- Âmbito da Aplicação das Directivas.....	55
4.4- Âmbito Objectivo da Aplicação da Directiva dos Sectores Clássicos ou Gerais.....	55
4.5- Âmbito Objectivo da Aplicação da Directiva dos Sectores Especiais ou Excluídos...60	
4.6- Âmbito Objectivo da Aplicação do Código de Contratos Públicos à Luz das Directivas Comunitárias de Contratação Pública.....	62
4.7- Âmbito Subjectivo da Aplicação das Directivas de 2004.....	73
4.8- Âmbito Subjectivo da Aplicação da Directiva dos Sectores Gerais.....	74
4.9- Âmbito Subjectivo da Aplicação da Directiva dos Sectores Especiais.....	80
4.10- Âmbito Subjectivo da Aplicação do Código de Contratos Públicos à Luz das Directivas Comunitárias de Contratação Pública.....	82
5.1- Princípios Subjacentes ao Regime Jurídico do Contrato Administrativo.....	91
5.2- Principais Peculiaridades do Regime do Contrato Administrativo.....	94
5.3- Prerrogativas da Administração no Ordenamento Jurídico Português.....	96
5.3.1- Poder de Modificação Unilateral.....	100
5.3.2- Poder de Direcção.....	116
5.3.3- Poder de Fiscalização.....	120
5.3.4- Poder de Sanção.....	123
5.3.5- Poder de Rescisão Unilateral.....	127
5.3.6- Poder de Interpretação.....	133
5.3.7- Natureza dos actos de conformação da relação contratual.....	135
5.3.8- Acordos Endocontratuais.....	143
5.3.9 - Consideração dos Interesses do Co-Contratante e de Terceiros.....	143
5.3.10- Balanço.....	148
6.1- Alguns apontamentos sobre o regime dos Contratos Administrativos e o regime dos Contratos de Direito Privado da Administração Pública.....	152
6.2- Diferenças expressas no Código de Contratos Públicos entre o regime dos contratos administrativos e o regime dos contratos de direito privado da Administração Pública..153	
6.3- Regime de Invalidez Contratual.....	155
6.4- Contencioso dos Contratos Administrativos.....	158
6.5- Controlo jurisdicional exercido pelo Tribunal de Contas.....	162
6.6- Arbitragem.....	164
Conclusão.....	167
Bibliografia.....	171

Abreviaturas

CC	Código Civil
CCP	Código dos Contratos Públicos
CPA	Código de Procedimento Administrativo
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
ETAF	Estatuto dos Tribunais Administrativas e Fiscais
LAV	Lei de Arbitragem Voluntária
LOPTC	Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas
STA	Supremo Tribunal de Justiça
TCA	Tribunal Central Administrativo
TFUE	Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz

Introdução

A recente entrada em vigor do Decreto-Lei contendo o Código dos Contratos Públicos constitui um bom mote para se reflectir sobre a dogmática da contratação pública e, concomitantemente, dos contratos públicos.

A possibilidade de a Administração Pública se vincular através de contratos remonta a tempos antigos, não obstante de, em certas épocas, esse recurso ter sido legalmente vedado e/ou revestir diferentes naturezas.

É curioso notar que, as formas e a intensidade da actividade contratual por parte da Administração Pública foram variando ao longo da história. Sendo certo que, este processo evolutivo conduziu não só a transformações na natureza funcional da Administração, como também na natureza das suas formas e instrumentos de actuação. Ao ponto de nos dias de hoje, o contrato representar um instrumento corrente no quotidiano da Administração Pública, seja para a prossecução dos interesses públicos que lhe incumbe promover, seja para a satisfação das suas necessidades de funcionamento.

Além disso, a celebração de contratos públicos, pelo menos em relação àqueles com maior valor económico, deixou de ser um assunto meramente interno dos Estados, passando a adquirir uma dimensão comunitária e internacional, decorrente do movimento da globalização da economia e da dissolução das fronteiras físicas e técnicas operada no seio da Europa, com vista à concretização do mercado interno.

Daí que, consideramos oportuno elaborar o presente trabalho, versando sobre dois aspectos fulcrais da contratação pública com grande actualidade, nomeadamente: da conformidade do Código dos Contratos Públicos com o Direito Comunitário sobre contratos públicos, em termos do seu âmbito de aplicação objectivo e subjectivo; bem como, se ainda hoje faz sentido falar-se da tradicional distinção entre contratos administrativos e contratos de direito privado outorgados pela Administração Pública.

Ainda que numa visão apriorística estes temas pareçam não ter conexão directa entre si, a verdade é que tal não é inteiramente correcto. É que nos últimos anos temos assistido a uma influência crescente do direito comunitário na conformação das relações jurídicas contratuais públicas, visando a uniformização do regime jurídico aplicável aos contratos públicos no mercado europeu. Obviamente, que o direito nacional teve de acompanhar as exigências comunitárias a este nível, adaptando o seu ordenamento jurídico aos princípios e directivas comunitárias.

Acresce que, por diversas ordens de razões, o direito comunitário desconhece a figura do contrato administrativo. Ao passo que, o modelo tradicional de contratação administrativa português, tipicamente de inspiração francesa, sempre se fundou, e continua a fundar-se, na

dicotomia entre contratos administrativos e contratos de direito privado da Administração Pública.

Assim, é lícito assomarem no nosso espírito duas questões basilares:

i) até que ponto o regime comunitário de contratação pública é incompatível com o instituto do contrato administrativo, como sinónimo de contratos da Administração Pública sujeitos a regime jurídico *exorbitante* face aos contratos celebrados entre os particulares e aos contratos de direito privado da Administração Pública.

ii) e se o Código dos Contratos Públicos é conforme com o Direito Comunitário sobre Contratos Públicos, em termos de âmbito de aplicação objectivo e subjectivo.

As respostas (ou melhor, o nosso entendimento) sobre estas questões serão o tema central da presente prelecção, assente fundamentalmente na legislação nacional e comunitária, como também na doutrina (nem sempre convergente) e na jurisprudência nacional e europeia mais relevantes sobre a matéria.

Este estudo está estruturado em seis partes.

Na primeira parte, recordam-se as formas de actuação administrativa, dando um particular destaque ao confronto das virtualidades e diferenças entre o acto administrativo e o contrato. Tendo-se, assim, optado por evidenciar as mudanças verificadas na actividade administrativa ao longo dos tempos numa perspectiva mais funcional, pois uma visão histórica sobre a matéria iria engrossar ainda mais a dimensão do presente estudo.

Na segunda parte, analisam-se os traços essenciais dos modelos clássicos de contratação administrativa na Europa e a sua evolução (mormente o modelo francês e alemão), assim como dos sistemas de contratação administrativa espanhol, britânico e português, por forma a termos percepção das razões subjacentes a algumas das opções assumidas quer no domínio do direito comunitário, quer no domínio do direito nacional.

Na terceira parte, reflectimos sobre a entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, fazendo ênfase às razões subjacentes à sua emanação, às principais novidades por ele introduzidas, à sua estrutura e às suas linhas orientadoras.

Na quarta parte, procuramos analisar no que se traduz o Direito Comunitário sobre contratação pública e a conformidade do Código dos Contratos Públicos com esse mesmo direito. Sem nos esquecermos de abordar a posição assumida pelo Direito Comunitário relativamente à figura do contrato administrativo.

Na quinta parte, focamos a nossa atenção nos vulgarmente designados poderes *exorbitantes* de que a Administração Pública usufrui na execução dos contratos administrativos, com vista a determinarmos o seu alcance e a sua originalidade face aos contratos de direito privado.

Na sexta parte, averiguamos da existência ou não de diferenças de regime entre os contratos

administrativos e os contratos de direito privado outorgados pela Administração Pública em relação a alguns dos aspectos que consideramos mais relevantes nesta disciplina, mais concretamente invalidades contratuais, contencioso administrativo, controlo jurisdicional exercido pelo Tribunal de Contas e arbitragem.

1.1 - Formas de Actuação Administrativa

É possível reconduzir a actividade administrativa às seguintes formas de actuação:

i) Acto Administrativo – *acto jurídico unilateral com carácter decisório, praticado no exercício de uma actividade administrativa pública, destinado a produzir efeitos jurídicos numa situação individual concreta*¹ (por exemplo: autorizações; concessões; proibições; imposições). Sendo este tido como o modo mais característico do exercício do poder administrativo;

ii) Regulamentos Administrativos – *são as normas jurídicas emanadas no exercício do poder administrativo por um órgão da Administração ou outra entidade pública ou privada para tal habilitada por lei*. Os regulamentos são dotados de generalidade e abstracção, para todos os que venham a estar nas situações constantes da previsão. Importa sublinhar, que os regulamentos são uma forma de actuação da Administração essencial num Estado moderno, já que liberta o Parlamento de tarefas que entende como incómodas ou em que se sente pouco preparado para intervir, e, além disso, permite a adaptação do corpo normativo em diversos casos específicos da vida que se encontram em contínua mutação.

iii) Actuações informais – *é a denominação geral conferida aos esquemas de actuação concebidos como meios complementares ou alternativos às tradicionais formas de actuação administrativa, cujo objectivo inicial era garantir a harmonização de interesses antes da emanção da decisão administrativa, prevenindo e minorando a resistência à respectiva execução*² (por exemplo: contactos prévios ou paralelos; iniciativa privada de planos

¹ JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, Âncora Editora, Lisboa, 2000, p. 169.

² SUZANA TAVARES DA SILVA, *A nova dogmática do direito administrativo: o caso da Administração por compromissos - Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008, p. 894. Esta autora salienta que o fenómeno das actuações informais surgiu sobretudo associado à emergência do direito do ambiente, das águas, das emissões poluentes, do urbanismo e do risco, dado na sua génese tratarem-se de ramos novos do direito administrativo e em que a fundamentação da decisão está estritamente dependente de conhecimentos técnicos. Além disso, a proliferação desta realidade ficou a dever-se à influência dos princípios do ordenamento europeu no nosso direito administrativo, ao enfraquecimento do princípio da legalidade e ao desenvolvimento de uma Administração menos invasiva, que se legitima pela transparência e consensualização das suas decisões.

urbanísticos; declarações administrativas de intenção; recomendações; avisos; manifestações de tolerância; protocolos; acordos de cavalheiros; guias de boas práticas; conferências procedimentais). Pese embora, as actuações informais não se encontrarem juridicamente reguladas, nem visem produzir directamente efeitos jurídicos, também têm relevância jurídica prática e efectiva, na medida em que são actuações sujeitas aos princípios fundamentais que regem o Direito Administrativo e podem ser fonte geradora de responsabilidade civil;

iv) Contrato de Direito Privado – numa visão meramente simplista, e sem entrarmos em reflexões doutrinárias, é quando a Administração se vincula através de um contrato regulado pelo regime de Direito Civil (por exemplo: contrato de arrendamento; contrato de sociedade);

v) Contrato de Direito Público – numa visão igualmente simplista, e sem entrarmos por enquanto em reflexões doutrinárias, é quando a Administração no exercício de poderes administrativos se vincula através de um contrato regulado pelo regime de Direito Público.

Antes de mais, importa esclarecer que os contratos públicos e contratos administrativos não são conceitos unívocos, pois o primeiro é um género de contrato de que o segundo é espécie. Tradicionalmente, o contrato público sempre foi entendido como uma categoria contratual genérica de que os contratos administrativos seriam uma espécie. É que, de acordo com esta concepção, o contrato administrativo não é sinónimo de qualquer contrato celebrado pela Administração Pública com outrem, porque só é contrato administrativo o contrato com um regime jurídico regulado pelo Direito Administrativo.³ Se bem que no ordenamento nacional, com a entrada em vigor do recente Código dos Contratos Públicos (CCP), esta premissa deixou de ser tão linear, em virtude da adopção naquele diploma de uma definição ampla e heterogénea de contrato administrativo. No entanto, esta questão será oportunamente abordada.

Ora, os contratos públicos agregam, não só os contratos administrativos, como também os contratos constitucionais, os tratados e convenções internacionais, os contratos fiscais e os contratos financeiros. Logo, todos os contratos administrativos são contratos públicos; embora os contratos públicos não se limitam a ter por objecto uma relação jurídica de direito administrativo em sentido funcional.

Por fim, diga-se que a natureza pública do objecto contratual não dimana do facto de se estar a negociar o exercício do poder administrativo com o administrado, mas sim com a natureza pública dos bens ou serviços sobre que recaem esses contratos.

³ Nas palavras de MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, Lex, 1999, p. 56, *Direito Administrativo é o conjunto de princípios e de regras jurídicas que disciplinam o exercício da função administrativa do Estado-colectividade, sempre que nesse exercício, não só está presente, como prevalece, a prossecução do interesse público sobre interesses privados com ele relacionados ou conflituantes.*

1.2 - Confronto Acto Administrativo Vs Contrato

É inegável que, do confronto entre o contrato e o acto administrativo, ressalta a flexibilidade do primeiro face à rigidez endógena do segundo. Nessa medida, os instrumentos contratuais mostram-se deveras mais adequados à prossecução da panóplia de funções que incumbe à Administração moderna, assim como à eficiência na sua execução.

Acresce ainda que, o acto administrativo tradicional é pouco apto à resolução de situações atípicas e complexas que têm vindo a proliferar nas sociedades contemporâneas.⁴ Logo, é fácil inferir que o acto administrativo típico é essencialmente vocacionado para as Administrações agressivas, cuja intervenção se destina sobretudo a conformar a conduta dos particulares a um comando geral e abstracto.

A rigidez do acto administrativo está relacionada fundamentalmente com dois aspectos. O primeiro refere-se ao seu excessivo formalismo e à tipicidade estrutural que envolve a sua emissão. Enquanto o segundo aspecto diz-nos que, o acto administrativo não permite a configuração jurídica de uma situação concreta por parte da Administração no exercício dos seus poderes discricionários, uma vez que ela só poderá exercer estes poderes se, na ocasião oportuna, estiverem preenchidos todos os pressupostos que a habilitam a regulamentar o caso concreto num determinado sentido. Este facto reduz drasticamente a acção da entidade administrativa, visto as suas opções serem as de agir ou de não agir, de conceder ou não conceder. Isto revela, por si só a pouca aptidão do acto administrativo para regulamentar situações de “meio termo”.

Em contraposição, o contrato amplia as possibilidades da Administração, no exercício dos seus poderes discricionários, realizar a conformação jurídica de casos concretos, na medida em que *esta pode estabelecer com o administrado um programa de intervenção sobre a realidade subjacente à relação jurídica em causa, por forma a moldá-la à previsão da norma de competência, e de assim se criarem as condições para que a decisão administrativa possa ser produzida em conformidade com o fim de interesse público que aquela preconiza. (...) Por outro lado, o contrato revela-se um flexível e eficaz instrumento, ao possibilitar definir uma disciplina integrada e coerente em cenários de complexidade, favorecendo a planificação e a racionalização da intervenção administrativa, uma maior aderência das normas habilitantes à realidade, a aceleração da actividade administrativa e uma inegável economia do esforço que é exigido aos particulares na adequação da iniciativa privada aos constrangimentos jurídicos que decorrem do ordenamento em vigor* (MARK BOBELA)⁵.

Foram também paulatinamente ultrapassadas as preocupações iniciais em volta do carácter

⁴ De acordo com MARK BOBELA-MOTA KIRKBY, *Contratos Administrativos de Subordinação: natureza, funções e limites*, AAFDL, Lisboa, 2002, p. 21, *o acto administrativo afirma-se como um rígido e implacável instrumento de execução de leis, essencialmente ablativo, condicionador e regulador de condutas particulares.*

⁵ MARK BOBELA-MOTA KIRKBY, *Contratos Administrativos de Subordinação: natureza, funções e limites*, AAFDL, Lisboa, 2002, p. 30 e 32.

demasiado vinculativo dos contratos e do mito de que, contratualizando-se o poder administrativo, a Administração estaria a prescindir da capacidade de poder exercê-lo de acordo com as exigências de interesse público que se verificassem em cada momento. Esta evolução resultou de dois factores: por um lado, o aparecimento do acto constitutivo de direito (onde se reconheceu que se a Administração se poderia vincular para com um particular por via de um acto administrativo desta natureza, não havia razões para também não o fazer por via contratual); por outro lado, a criação de institutos como a cláusula *rebus sic stantibus*⁶ (no sistema alemão) e da teoria da imprevisão e da mutabilidade⁷ (no sistema francês).

É através do recurso às diversas espécies de contratos que, durante os últimos cem anos, a Administração Pública tem procurado responder de forma óptima à conjugação entre interesses públicos e privados que em cada caso interagem. Trata-se, no fundo, da ideia de concretizar a justa e original composição de interesses.

Contudo, mesmo numa actuação administrativa contratual há exercício de poder, pelo que a utilização desta figura não se pode traduzir na liberdade da Administração definir os fins que há-de prosseguir, nem numa deterioração da posição jurídica subjectiva do particular perante o Estado. Por isso, assume especial relevo a definição dogmática das vinculações jurídico-públicas a que a Administração está sujeita por natureza.⁸

Com efeito, os inconvenientes da utilização abusiva de contratos celebrados à margem de qualquer formalismo foram combatidos, numa primeira fase, com a admissibilidade legal da celebração de contratos sobre o poder administrativo, acompanhada, simultaneamente, de um regime jurídico específico dotado de vinculações jurídico-públicas. Porém, hoje em dia a designada

⁶ Esta cláusula determina que quando as relações, que tenham sido decisivas para a determinação do conteúdo do contrato, se tenham modificado essencialmente depois da contratação, de tal modo que a regulação contratual inicial não seja exigível a uma das partes no contrato, pode esta exigir uma adaptação do conteúdo do contrato às relações modificadas ou, caso uma adaptação não seja possível ou não possa ser exigida a uma das partes no contrato, denunciar o contrato. A Administração pode também denunciar o contrato para prevenir ou remediar graves prejuízos para o interesse público (cfr. § 61 da Lei de Procedimento Administrativo Alemão).

⁷ De acordo com esta teoria é possível alterar o conteúdo das prestações do contrato durante a sua execução para a satisfação das novas exigências do interesse público derivadas de uma eventual causa superveniente. Em contrapartida, as cláusulas retributivas deverão ser objecto de modificação, por via de uma equação financeira, de modo a que o interesse público não seja satisfeito à custa dos legítimos interesses dos particulares, nem estes se possam sobrepor às garantias dos particulares (Princípio do Equilíbrio Financeiro). Como se pode deduzir, a Teoria da Imprevisão tem por fim assegurar a continuidade da obra ou serviço público, repartindo distribuindo a álea económica por todos os contraentes.

⁸ Não obstante, esta matéria não ter um tratamento homogéneo, são geralmente aceites como vinculações jurídico-públicas dos contratos de direito público celebrados pela Administração, os seguintes aspectos: o princípio da prossecução do interesse público; o princípio da legalidade; o princípio da liberdade de escolhas; os direitos fundamentais; e o procedimento administrativo.

Sobre esta matéria *vide* MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Fuga para o Direito Privado*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 167-310.

“crise do princípio da legalidade”, assinalada por uma parte da doutrina, ameaça novamente a estabilidade instituída.⁹

Todavia o princípio da legalidade continua a manter um reduto intangível, pois a Administração só pode agir por expressa habilitação legal que fixe, ainda que minimamente, os pressupostos, os efeitos típicos e o fim do poder que lhe é concedido. Por outro lado, é o próprio contrato com os particulares que vai contrabalançar a redução de garantias asseguradas pela norma de competência, dada a existência de um procedimento específico que precede a sua celebração.

Além disso, na generalidade o método autoritário só vinga numa sociedade onde o nível cultural é baixo e a intervenção estadual é pequena. Ora, nos dias de hoje, é pouco praticável a Administração *agir, se não conseguir convencer* (DEBBASCH).¹⁰ Aliás, tendo constatado que era mais simples administrar com a anuência do administrado, do que contra a sua vontade, a Administração optou por ter o particular como colaborador na prossecução das suas tarefas, do que como mero destinatário ou subordinado. Por sua vez, esta perspectiva vai de encontro às expectativas do administrado contemporâneo, o qual não pretende ser um mero espectador das decisões administrativas, mas um interveniente activo. Até porque, a dependência do cidadão em relação à Administração é cada vez maior, mais intensa e mais extensa.

Progressivamente, os contratos celebrados pelas entidades administrativas foram adquirindo carácter social, no sentido em que eles já não são vistos apenas como um assunto particular entre as partes que o subscrevem, mas como uma instituição social, em relação à qual a sociedade, representada pelo Estado, considera ter uma palavra a dizer.

Porém, nas últimas décadas as diferenças entre acto e contrato administrativo têm se vindo a diluir, em virtude de vários factores, nomeadamente:

⁹ Esta crise resulta de vários factores, nomeadamente:

(i) do princípio da eficiência administrativa, que confere à Administração uma maior margem de autonomia face à lei no momento da selecção dos meios mais adequados para a satisfação do fim público a que está vinculada, de forma a promover a procura de soluções adaptadas a cada caso concreto. É notório o peso que este princípio tem vindo a adquirir, já que é intensamente reclamado pelos mais diversos sectores da sociedade;

(ii) do problema da densidade normativa da lei de competência. Com efeito, os desafios emergentes das sociedades actuais têm demonstrado a incapacidade da lei se antecipar às questões que são colocadas à Administração no cumprimento da sua missão. Por isso, a lei foi atribuindo, gradualmente, maior autonomia conformadora à Administração. Isto revelou-se num fomento da outorga de contratos que têm por objecto o exercício do poder administrativo;

(iii) dos contornos do conceito de fim de interesse público, visado pela norma habilitante, terem deixado de estar bem definidos, por resultarem não só da lei de competência, mas também da conjugação dos interesses públicos e privados em jogo em cada situação. Agora, grande parte das leis habilitantes apenas estabelece o quadro valorativo que deve estar subjacente à actuação da Administração. Ou seja, regra geral, a lei em vez de determinar, passou apenas a programar ou orientar as tarefas administrativas.

¹⁰ CHARLES DEBBASCH, *Le Droit Administratif face à l'Évolution de l'Administration Française*, in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, Tomo 2, L.G.D.J., Paris, 1974, pp. 343 e segs.

i) nascimento do conceito de acto administrativo favorável;

ii) procedimentalização do acto administrativo com vista à concertação dos vários interesses públicos e privados que compõem cada caso concreto, bem como à participação dos seus destinatários na própria elaboração do acto.

iii) à progressiva uniformização da actividade contratual da Administração, seja ela de direito público ou de direito privado. Ora, isto reflecte-se na liberdade contratual dos particulares, na medida em que eles ficam sujeitos a limitações definidas pelas intervenções administrativas.

Fica assim a ideia principal de que quer o acto, quer o contrato administrativo compõem “o todo da acção administrativa”. E se numa época um teve preponderância sobre o outro, tal se ficou a dever às diferentes concepções da actividade administrativa que foram vigorando ao longo das épocas históricas. Não se podendo, por isso, falar do fim iminente do acto administrativo, já que ele consiste num instrumento útil à execução do interesse público quando utilizado nos momentos e pelos meios adequados. A própria evolução do instituto do acto administrativo, de forma a adaptá-lo às novas necessidades administrativas, prova a sua vitalidade. Recorde-se que o contrato administrativo também tem sido alvo de várias transformações com vista à mesma finalidade, não sendo por esse facto que se fala do seu perecimento.

Um dos pontos mais expressivos desta evolução, é o de inicialmente a Administração Pública ter celebrado contratos para, através deles, associar os particulares ao desempenho das suas tarefas administrativas (contratos de colaboração) e actualmente admitir-se, com naturalidade, um outro tipo de contratos, substitutivos das formas tradicionais de actuação administrativa, através dos quais a Administração exerce os seus poderes de decisão unilateral por via de acordo e em que o particular co-contratante surge como administrado e já não como colaborador da Administração (contratos de atribuição). A esta nova forma de actividade contratual são colocadas um sem número de novas e decisivas questões, uma delas é a da própria natureza alternativa entre tais contratos e o tradicional acto administrativo.

1.3 – Contratação Administrativa

Como já se referiu, nem sempre se reconheceu a faculdade de a Administração Pública se vincular através de contratos, visto que se entendia que um dos seus aspectos caracterizadores era o da unilateralidade, em virtude da perspectiva estreita entre a actividade administrativa pública e a ideia de autoridade. Acontece que, estas reservas iniciais foram-se esbatendo com o alargamento e diversificação de actividades, quer de prestação quer de conformação, por parte da Administração, as quais cada vez tornaram mais premente a colaboração dos cidadãos na prossecução dos

interesses públicos e, conseqüentemente, o enfraquecimento dos seus poderes de autoridade.

Na realidade, foi basicamente com a transformação funcional de que a Administração Pública foi alvo, aquando da transição do Estado Liberal para o Estado Social, que originou a inevitável evolução na natureza e estrutura dos respectivos instrumentos e formas de actuação. Tendo sido na Administração do Estado social que se proclamou aquilo que se tem denominado por *administração concertada ou de consenso*. Esta nova etapa do modo de agir da Administração distingue-se pelo recurso generalizado a formas de actuação que privilegiam a via consensual, em detrimento de formas de actuação unilaterais e autoritárias.

É imprescindível ter em mente que, para se poder falar em contrato, é essencial que a declaração de vontade de ambas as partes seja condição da respectiva existência. Se a manifestação de vontade do cidadão apenas determina o início do procedimento tendente à prática de um acto (como acontece nos procedimentos de iniciativa particular), ou é unicamente condição de eficácia de um acto (como acontece, para a maioria da doutrina, com a investidura num cargo público, relativamente ao acto de nomeação), então estamos diante comportamentos unilaterais da Administração e não perante verdadeiros contratos.

Além disso, o reconhecimento da capacidade da Administração Pública para se vincular por contrato, não originou que se encarasse esta vinculação contratual nos mesmos termos que se encaravam as vinculações contratuais dos particulares. É que o princípio da igualdade das partes parecia dificilmente conciliável com a autoridade da Administração. Por isso mesmo, surgiu a concepção de que os contratos outorgados pela Administração Pública representavam necessariamente uma espécie de contratos diferente dos outros, eram, por assim dizer, contratos típicos da Administração Pública.

Posteriormente, e dado se ter admitido a capacidade da Administração Pública para celebrar contratos administrativos, rapidamente se estendeu esta capacidade à outorga de contratos de natureza jurídico-privada, mais concretamente contratos semelhantes àqueles que os particulares outorgam, regulados sobretudo pelo direito civil ou pelo direito comercial. Daí passar-se a considerar que seria benéfico sujeitar a contratação privada da Administração Pública a regimes semelhantes aos aplicáveis aos contratos administrativos, designadamente em termos da formação do contrato.

E numa altura em que coabitavam os contratos administrativos com os contratos de direito privado da Administração Pública e, simultaneamente, se sujeitava esses contratos a normas comuns, tanto de direito público como de direito privado, começaram a surgir na doutrina dúvidas

sobre a utilidade da autonomização do contrato administrativo.¹¹ Tendo, assim, vários autores proposto a designação de *contratos públicos*, para denominar todo e qualquer contrato celebrado pela Administração Pública.

Por outro lado, se ao longo dos tempos a celebração de contratos de direito privado pela Administração não tem colocado grandes problemas, o mesmo já não sucede em relação aos contratos sobre o exercício do poder administrativo (vulgarmente designados por contratos com objecto passível de acto administrativo).¹²

Os principais argumentos aduzidos pelos partidários da inadmissibilidade na contratualização do poder administrativo são essencialmente os seguintes:

i) os princípios da irrenunciabilidade ou inalienabilidade de poderes administrativos consagrados na generalidade dos ordenamentos jurídico-constitucionais, impedem a celebração deste tipo de contratos;

ii) o receio da Administração começar a coagir o particular, impondo contraprestações em troca do exercício ou abstenção do exercício dos seus poderes;

iii) a posição de fragilidade em que o particular se encontra nesta espécie de contratos, já que se as negociações frustrarem, a Administração pode lançar mão de um acto unilateral autoritário;

iv) o risco da generalização deste instrumento contratual se traduzir na violação do princípio da igualdade, bem como da objectividade e da transparência da actividade administrativa, uma vez que se substitui a aplicação do regime típico e rígido dos actos administrativos, por uma diversidade de regimes distintos resultantes da negociação com cada destinatário da actuação administrativa;

v) a ideia de que estes contratos são inconciliáveis com o princípio da imparcialidade, dado as negociações e a formação da vontade da Administração acontecerem aqui à margem do procedimento fixado para a produção de actos administrativos, não havendo, por isso, um ambiente susceptível a que Administração tome em atenção todos os interesses públicos e privados que compõem o caso concreto.

Todavia, o reconhecimento de que a celebração desta espécie de contratos administrativos pode de facto implicar todos estes inconvenientes, tal não pode pura e simplesmente conduzir à sua proibição, mas antes tornar a obediência a esses princípios e normas gerais como condições e limites da sua validade.

¹¹ Neste sentido *vide*, entre outros, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 183-184.

¹² A contratação do exercício de poderes públicos abrange sobretudo: i) os contratos substitutivos de actos administrativos (*contratos decisórios*), por via dos quais a Administração no final do procedimento administrativo celebra um contrato com um destinatário do acto administrativo projectado, em vez de tomar a decisão unilateralmente; ii) e os contratos obrigacionais, que se traduzem em contratos pelos quais a Administração, se compromete à emanação (ou à não emanação) de um acto administrativo, antes ou no decurso de um determinado procedimento administrativo.

Ainda hoje se podem percepcionar resistências doutrinárias e jurisprudenciais à plena aceitação do princípio da fungibilidade entre acto e contrato no exercício dos poderes públicos.

2.1 – Modelos Clássicos de Contratação Administrativa

Tradicionalmente, apontam-se dois modelos tendencialmente distintos quanto à forma de perspectivar a contratualização administrativa, designadamente: o modelo francês e o modelo alemão. Esta dicotomia derivou das visões díspares sobre as funções do Estado e do esquema de organização e funcionamento da Administração Pública.

A generalidade dos países europeus perfilhou um destes modelos, introduzindo-lhes algumas especificidades com vista a adaptá-los às realidades das suas Administrações.

Na tabela subsequente pode encontrar-se uma resenha comparativa entre as principais características daqueles dois modelos.

Modelo Francês	Modelo Alemão
<p>Versão Inicial séc. XIX</p> <ul style="list-style-type: none">- A doutrina francesa foi a criadora do contrato administrativo, na sequência do entendimento de que o contrato de direito privado já não era uma figura adequada à prossecução do interesse público dado os novos avanços tecnológicos e económicos (por exemplo: iluminação pública; transportes; infra-estruturas; <i>etc.</i>).- De facto, a estabilidade e a rigidez dos contratos de direito privado impedia a possibilidade de actualização do serviço por exigências de interesse público, favorecendo assim o contratante privado, já que a pessoa administrativa renunciava às suas prerrogativas de direito público e surgia como um qualquer contraente. Por conseguinte, estes contratos eram regulados substantivamente pelo Código Civil, e o seu contencioso pertencia aos tribunais comuns.- Em reacção a estes constrangimentos, e ao facto de se ter constatado que o contrato de direito privado era pouco apropriado às	<p>Versão Inicial séc. XIX</p> <ul style="list-style-type: none">- A doutrina maioritária alemã (OTTO MAYER, LABAND, FORSTHOFF) negava a admissibilidade do contrato administrativo por considerar que ia contra a essência do direito público, só sendo possível existir contratos no âmbito do direito privado. Os fundamentos desta posição eram basicamente os seguintes:<ul style="list-style-type: none">(i) o Estado é soberano, logo, não se pode vincular por contrato a um particular, sob pena de perda de disponibilidade desse poder e de limitação de capacidade futura de decisão;(ii) a figura do contrato pressupõe por natureza a igualdade jurídica das partes, a qual só é possível no domínio do direito privado, nunca no direito público, visto o Estado não poder renunciar a sua autoridade. Pelo que, se a Administração celebra um contrato com um particular, trata-se de um contrato de direito privado;(iii) um dos requisitos da relação contratual é a autonomia da vontade, a qual nunca é possível nos contratos administrativos já que nestes o particular

¹³ Vide *Conseil d'État, Cie du Gaz de Bordeaux*, 24/03/1917, LONG-WEIL-BRAIBANT-DELVOLVÉ-GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, p. 182, *Conseil d'État, Gaz de Déville-lès- Rouen*, 10/01/1902, LONG-WEIL-BRAIBANT-DELVOLVÉ-GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 1990, p. 64 e *Conseil d'État, Cie Générale Française de Trai Iways*, 21/03/1910, LONG-WEIL-BRAIBANT-DELVOLVÉ-GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, p. 136 e a *Revue du Droit Public*, 1910, p. 270.

exigências e mutabilidade do interesse público, nasce em França o contrato administrativo. Isto fez com que fossem reconhecidos à Administração determinados poderes de autoridade, especialmente no concernente à execução destes contratos.

- Assim, o contrato administrativo surge como uma verdadeira alternativa aos contratos de direito privado e não tanto aos actos administrativos.

- Exemplos emblemáticos desta evolução são os conhecidos casos da iluminação pública de Bordéus e de Déville-lés-Rouen e do concessionário de transporte colectivo de "carros eléctricos"¹³.

limita-se a aceitar as cláusulas impostas pela Administração;

(iiii) inexistência de fundamento legal para esta espécie de contratos.

- Desta forma, os citados autores alemães entendem que os contratos administrativos são na verdade meros actos administrativos que carecem do consentimento dos particulares, ou seja, um contrato que resulta da soma de um acto administrativo unilateral da Administração com um acto jurídico unilateral de direito privado.

- Além disso, a doutrina alemã não repudiava a possibilidade de a Administração subscrever contratos de direito privado, mas tão-somente a susceptibilidade de celebrar contratos com objectivo jurídico-público que implicassem o próprio exercício do poder público.

- Todavia, LABAND aceitava os contratos de direito público de provimento, o de naturalização, o da fundação da Confederação da Alemanha do Norte (1867) e do Império Alemão (1871).¹⁴ Enquanto JELLINEK admitia quer os contratos de direito público, quer os actos administrativos bilaterais e de sujeição.

- Muitas foram as críticas efectuadas pelos partidários do contrato administrativo à posição da doutrina maioritária alemã, das quais se destacam as seguintes: nem toda a Administração Pública é Estado, pois existem entidades públicas com personalidade jurídica própria que não são soberanas; o Estado quando actua no domínio do direito administrativo é o Estado Administração e não o Estado soberano; e mesmo que assim não fosse, desde a Revolução francesa se defende que a soberania do Estado pode e deve ser limitada; a posição de desigualdade entre as partes não representa um obstáculo à existência de uma relação contratual, apenas impõe a consagração de cláusulas específicas nos contratos administrativos para salvaguardar determinados princípios; há contratos civis em que não vigora liberdade de estipulação, mas apenas liberdade de celebração (por exemplo: contratos de adesão); na maioria dos contratos administrativos não há qualquer soma de actos unilaterais, mas sim um acordo de vontades.

- Cumpre esclarecer que, o reconhecimento pela primeira vez da validade dos contratos de direito público no sistema alemão foi jurisprudencial, mais

¹⁴ LABAND susteve esta posição partindo de uma noção muito ampla de contrato. Para este autor, contrato é todo o acordo de vontades que seja imprescindível para a produção de um efeito jurídico, mesmo que dele não derive qualquer relação de obrigatoriedade entre as partes. Ora, nos três casos em que LABAND admite existir contratos de direito público, os efeitos que se pretendem com eles não podem ser conseguidos através de uma manifestação unilateral de vontade da Administração, visto depender simultaneamente de uma aceitação pelo particular.

	<p>propriamente na sentença do Tribunal Supremo da Jurisdição Administrativa (Bundesverwaltungsgericht), de 4 de Fevereiro de 1966.</p>
<p>Formas de actuação administrativa admissíveis à época</p> <p>a) Actos Administrativos – quando se trata de actividade administrativa propriamente dita (por exemplo: autorizações; regulamentos; concessões; proibições; imposições).</p> <p>b) Contrato Administrativo – quando o particular surge no contrato enquanto colaborador da Administração, fornecendo-lhe bens e serviços ou auxiliando-lhe a desenvolver as suas funções de Administração-Prestadora, sem que no entanto ela perca determinadas prerrogativas de autoridade (por exemplo: contrato de fornecimento de bens).</p> <p>c) Contrato de Direito Privado – quando a Administração se vincula através de um contrato regulado pelo regime de Direito Civil (por exemplo: contrato de arrendamento).</p>	<p>Formas de actuação administrativa admissíveis à época</p> <p>a) Actos administrativos - quando se trata de actividade administrativa propriamente dita (por exemplo: autorizações; regulamentos; concessões; proibições; imposições).</p> <p>b) Contrato Privado – quando a Administração se vincula através de um contrato regulado pelo regime de Direito Civil (por exemplo: contratos de fornecimento de bens; construção de obras).</p> <p>c) Contrato de Direito Público – instrumento apenas utilizado para a colaboração entre entes públicos (por exemplo: construção de infra-estruturas comuns; instalação de escolas; gestão de hospitais). Estes são habitualmente designados por contratos de colaboração ou coordenação.</p>
<p>Análise Crítica</p> <p>- A criação do contrato administrativo pela doutrina francesa visou no fundo disfarçar a utilização pela Administração de técnicas autoritárias, em domínios que até então era habitual estarem-lhe vedados. Na verdade, esta figura contratual foi concebida numa altura em que a Administração começou a sentir-se presa nos instrumentos contratuais rígidos do Direito Privado, dado não poder modificar as suas cláusulas em função das exigências e mutações do interesse público.</p> <p>- Desta forma, considerou-se que estaria no momento de em determinadas situações não se recorrer a contratos regulados pelo Direito Privado. Contudo, havia um certo desconforto quanto à ideia de nestes casos ser admissível à Administração utilizar soluções unilaterais e autoritárias.</p> <p>- Daí que, esta invenção da doutrina francesa</p>	<p>Análise Crítica</p> <p>- A recusa da figura do contrato administrativo pela doutrina germânica não significava necessariamente que a Administração alemã agia essencialmente por via das suas prerrogativas de autoridade, mas tão só que para os autores alemães os contratos administrativos franceses seriam no fundo casos típicos de contratos privados celebrados pela Administração. Isto é, não se tratava de negar o contrato administrativo, mas tão só considerar que se tratavam de casos em que se poderiam celebrar contratos de direito privado.</p> <p>- A preocupação central na Alemanha era a de procurar não prejudicar os particulares pela celebração de contratos e de assegurar que nestes fossem observadas as garantias instituídas para a emissão dos actos administrativos. É esta a razão subjacente aos actuais § 9, § 56 e § 59 da lei do Procedimento Administrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG).¹⁵</p>

¹⁵ Estes §§ impõem, respectivamente: a aplicação à formação do contrato das regras procedimentais vigentes para o acto administrativo; a imposição da contraprestação do particular ser adequada às circunstâncias e tenha uma relação efectiva com o objecto do contrato; a condição de a eficácia de um contrato que afecte direitos de terceiros ficar dependente do consentimento destes; a nulidade do contrato quando se verificar uma causa de nulidade de direito civil; a nulidade do contrato quando os actos administrativos com conteúdo análogo forem considerados inexistentes ou inválidos. Torna-se evidente que, a ratio subjacente a estes preceitos é de assegurar a transparência, permitir que se tomem em consideração no processo decisório todos os interesses públicos e privados que se conjugam no caso

<p>permitiu à Administração ficar munida das suas prerrogativas de autoridade na execução de tarefas que anteriormente só podiam ser objecto de contratos privados.</p> <p>- A preocupação central em França era a de não comprometer em demasia a Administração quando esta celebrava contratos com o particular.</p>	
<p style="text-align: center;">Evolução</p> <p>- O Direito Administrativo clássico, de características autoritárias e de desigualdade entre o particular e a Administração, deixou de ser praticável numa sociedade em que houve um alargamento desmesurado da intervenção social por parte do Estado e em que é o próprio cidadão a exigir esse mesmo fenómeno.</p> <p>- Surgiu assim em França a necessidade de se conceber, ao lado da Administração por via autoritária, uma administração contratualizada, inclusive no domínio do exercício de poder administrativo.</p> <p>- Isto originou o aparecimento de uma nova forma contratual jurídico-administrativa, que passou a coexistir com as tradicionais. Trata-se dos Contratos de Administração em que o particular surge no contrato enquanto administrado e já não como colaborador da Administração (por exemplo: quando por meio de contrato a Administração auxilia o particular no desempenho de actividades privadas ou lhe atribui um subsídio).</p> <p>- Não há no Direito Civil uma figura que se assemelhe a esta nova espécie de contratos, uma vez que estes <i>não supõem nenhum exemplo de colaboração patrimonial entre partes, um fenómeno económico de intercâmbio mas antes, pelo contrário, um simples acordo sobre a medida de uma obrigação, de uma vantagem, típicas de uma relação de submissão jurídico-pública previamente estabelecida entre a Administração e a pessoa que com ela contrata</i> (ENTERRÍA).¹⁶ Ou seja, estamos perante situações em que a</p>	<p style="text-align: center;">Evolução</p> <p>- Em 1976 a Lei de Procedimento Administrativo Alemã, nos seus §§ 9, 54 a 61, consagrou a susceptibilidade da Administração se socorrer dos contratos de direito público durante a sua actividade, como uma <i>facultas alternativa</i> ao acto administrativo, salvo disposição legal em contrário¹⁷.</p> <p>- Mas esta inovação jurídica teve subjacente uma realidade bem diferente àquela que motivou a criação do contrato administrativo francês. Pois, na Alemanha a questão do contrato de direito público estava relacionada com a admissibilidade de em determinadas situações a Administração poder privar-se do exercício do poder administrativo e passar a solucioná-las por via de contratos com os particulares.</p> <p>- Neste modelo, o contrato de direito público é encarado como aquele em que ao dever jurídico-privado do particular corresponde um dever jurídico-público da Administração (por exemplo: contrato de expropriação; contratos fiscais; contratos de subvenção; contratos de urbanização).</p> <p>- Contudo, os contratos de conteúdo económico, de gestão de actividades, de obras ou de serviços, permanecem com natureza privada. Como se pode ver, estes consistem, em grande parte, aos contratos administrativos franceses.</p> <p>- Actualmente, os contratos de direito público germânicos podem ser os de colaboração (quando celebrados entre entes públicos em situação de igualdade), como também os de subordinação (quando celebrados entre entes públicos e</p>

concreto, bem como a de garantir a obediência a princípios de segurança jurídica e a tutela da confiança das partes contraentes.

¹⁶ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ TOMÁS-RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I e Vol. II, Civitas, Madrid, 1993, p. 619.

¹⁷ De acordo com o § 54 da VwVfG, no âmbito de uma relação jurídico-pública *pode a autoridade, em lugar de praticar o acto administrativo, concluir um contrato de Direito Público com aquele a quem dirigiria o acto administrativo*. Enquanto o § 56 da VwVfG define o contrato administrativo como aquele através do qual uma relação jurídica de Direito Público é criada, modificada ou suprimida.

No que concerne às hipóteses em que a lei limita a liberdade da Administração celebrar contratos de direito público, elas estão previstas nos §§ 55 e 56 da VwVfG e têm por finalidade garantir a observância do princípio da legalidade da Administração e evitar a fuga às vinculações jurídico-públicas.

Administração não pretende se munir de bens e serviços, mas sim administrar através de acordo.

- Nos países cujos ordenamentos se inspiraram no modelo francês o tema essencial que se coloca nos dias de hoje é o determinar se os contratos administrativos são ao não, em termos substanciais, distintos dos contratos privados. Ou seja, tudo se reconduz no fundo à questão colocada outrora pela doutrina alemã

particulares).

- Os contratos de direito público germânicos caracterizam-se por terem um conteúdo e efeitos idênticos aos actos administrativos, apenas se distinguindo destes quanto à forma de emanação. Pode-se afirmar, assim, que consistem em instrumentos jurídicos sucedâneos.

- Curioso notar, que esta alteração legislativa não originou um aumento significativo da actividade contratual da Administração alemã. Prova disto, é o facto dos contratos de prestação não serem significativos no Direito Público alemão e de alguns contratos continuarem a ser considerados de Direito Civil (por exemplo: relações de mandato ou os de fornecimento).

Para justificar esta singularidade, uns entendem que a mencionada alternatividade não passaria de "uma pura especulação teórica do legislador" (PÜTTNER)¹⁸, enquanto outros entendem que se tratou apenas de codificar uma prática administrativa anterior (HEBERLEIN).¹⁹

- Há ainda autores que afirmam que o legislador não quis tanto estatuir a celebração desta espécie de contratos, mas sim evitar o seu aumento excessivo, por forma a que a Administração não recorresse a este expediente para contornar as vinculações jurídico-públicas.

- Saliente-se ainda que, a natureza alternativa entre o acto administrativo e o contrato de direito público tem conduzido à diluição das diferenças entre estas duas formas de actuação administrativa a nível de condições de validade jurídica, vícios, efeitos vinculativos, exequibilidade, susceptibilidade de revogação em caso de alterações de facto. Do mesmo modo que, a liberdade de conformação pelo particular é muito semelhante nestes dois instrumentos jurídico-administrativos. É que grande parte das vezes o particular ao subscrever um contrato limita-se a aderir a um regulamento administrativo prévio, tendo como contrapartida um determinado preço. Enquanto na formação dos actos administrativos, assiste-se a um progressivo aumento de possibilidades de intervenção e participação do particular.

Além disso, esta dicotomia é também atenuada pelo facto de cada vez mais se proclamar as vinculações jurídico-públicas da actividade de direito privado da Administração Pública.

- Por outro lado, na execução dos contratos

¹⁸ GÜNTHER PÜTTNER, *Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen Staat und Bürger*", DBVL, 1982, p. 123.

¹⁹ INGO HEBERLEIN, *Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag?*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, Carl Heymanns, Köln, 1982, p. 763.

	<p>verifica-se uma integral paridade entre as partes, não se consagrando quaisquer prerrogativas exorbitantes a favor da Administração. Desta forma, na eventualidade da Administração querer fazer valer uma pretensão contratual, terá obrigatoriamente que propor uma acção num tribunal administrativo, estando-lhe aqui vedada a faculdade de proferir acto administrativo. Paralelamente, se se verificar uma causa superveniente do ponto de vista do interesse público, que implique modificações ou rescisão do contrato, qualquer uma das partes pode invocar a cláusula <i>rebus sic stantibus</i> (§ 61 VwVfg).</p>
<p>Capacidade Contratual</p> <p>- Em França vigora um sistema administrativo centralizado, pelo que, tendencialmente, o Estado congrega em exclusivo, por direito próprio, o poder de celebrar contratos jurídico-administrativos. As demais entidades públicas têm capacidade contratual reduzida.</p>	<p>Capacidade Contratual</p> <p>- Na Alemanha vigora um sistema administrativo descentralizado, pelo que, regra geral, o Estado não detém o monopólio sobre as funções públicas. Assim, as demais entidades públicas podem celebrar em nome próprio contratos de direito público sem necessidade de intervenção do Estado.</p>
<p>Regime Jurídico</p> <p>- Os contratos administrativos encontram-se sujeitos em exclusivo a um regime jurídico próprio, nomeadamente ao Direito Administrativo. Os restantes contratos caem no foro do Direito Privado.</p> <p>- No modelo francês, o Direito Administrativo tem vocação universal.</p>	<p>Regime Jurídico</p> <p>- Grande parte dos contratos celebrados pela administração alemã é regulada pelo Direito Privado, enquanto os restantes contratos são regulados pelo Direito Administrativo. O principal critério de distinção entre os dois tipos de contratos é o do objecto, designadamente a sujeição ou não ao direito público dos direitos e obrigações criados pelo contrato.</p> <p>- Contudo, cumpre realçar que, por força do princípio da liberdade negocial, mesmo nos contratos jurídico privados as regras do Código Civil acabam por ser substituídas por normas decorrentes de regulamentos emanados pela Administração (mais concretamente, circulares e notas internas).</p> <p>- Nos últimos anos temos assistido a um reforço da interferência jus-publicística no Direito Privado Administrativo. Esta tendência resulta da influência do Direito Comunitário e das correntes doutrinárias que defendem as vinculações jurídico-públicas da actividade de direito privado da Administração Pública.</p> <p>Isto tem feito com que muitos dos mencionados contratos passem a ser considerados como de direito público (foi o caso do contrato urbanístico).</p> <p>- No modelo alemão, o Direito Administrativo não tem vocação globalizante, sendo, por isso, possível à Administração recorrer a instrumentos jurídico-privados para efeitos de prossecução das suas tarefas.</p>

Contencioso da Contratação Pública

- Os litígios eventualmente decorrentes dos contratos administrativos são da competência dos tribunais administrativos, a qual é insusceptível de ser afastada por vontade das partes, salvo em relação a aspectos de mera competência territorial. Enquanto os contratos de direito privado celebrados pela administração são da competência dos tribunais judiciais.
- Classicamente, existe em matéria de contratos administrativos o chamado sistema de contencioso em dois níveis (*deux étages*), um à volta do interior do círculo contratual e outro na zona periférica. Trata-se de um sistema que assenta na distinção entre competência do *juge du contrat* em sede de *plein contentieux* (com recurso para as *Cours administratives d'appel*, verdadeiras 2.^{as} instâncias desde 1987) e *recours pour excès de pouvoir* contra actos destacáveis em relação ao contrato (do qual cabe recurso para o *Conseil d'État*).
- Este enquadramento levou à construção da célebre teoria dos actos destacáveis, segundo a qual quer os contratos administrativos, quer os contratos privados da administração, possuem uma fase de formação semelhante, sendo possível aí autonomizar actos administrativos unilaterais que se arrogam como actos destacáveis em relação ao contrato. Estes actos destacáveis podem, por seu turno, ser isolados e atacados através do mencionado *excès de pouvoir*, com base nos mesmos vícios que os restantes actos administrativos ou com fundamento na invalidade das próprias cláusulas contratuais em que se sustentam os actos unilaterais emitidos no âmbito da execução do contrato.
- Quando se suscite dúvidas sobre a validade de actos destacáveis inseridos num contrato de

Contencioso da Contratação Pública

- Como os contratos jurídico-privados da Administração são tradicionalmente considerados como estando sujeitos ao Direito Privado, eles pertencem ao contencioso comum, mesmo nos casos em que se verifiquem monopólio ou ocupação de domínio público. Em relação aos contratos jurídico-públicos, previstos na VwVfG, são competentes os tribunais administrativos, nos termos dos seus meios processuais gerais.
- Em virtude da influência do Direito Comunitário e da problemática das vinculações jurídico-públicas na actividade de direito privado da Administração, tem-se discutido se deve continuar a ser o juiz comum a apreciar tais contratos jurídico-privados, ou se, pelo contrário, tais contratos devem passar para o âmbito da competência dos tribunais administrativos.
- Além disso, tem-se acentuado a juspublicização dos respectivos procedimentos pré-contratuais. Veja-se o exemplo da instauração do Sistema de Controlo das Adjudicações que é fundamentalmente administrativo.
- A Alemanha está assim a caminhar para uma uniformização de competência jurisdicional de toda a actividade administrativa de natureza contratual.

²⁰ Expediente inserido na Lei de 04/01/1992, que efectuou a transposição da *Directiva-Recursos* de 1989 (89/665/CE). Esta directiva comunitária impõe aos Estados-membros que assegurem recursos eficazes e céleres, que garantam uma tutela efectiva aos lesados quando a Administração viole as regras comunitárias de publicidade e de competência no âmbito da contratação pública, em sede dos contratos administrativos sujeitos a regulação comunitária (isto é, empreitada, concessão de obras públicas, aquisição de bens móveis e aquisição de serviços), incluindo os celebrados por entidades que operam nos sectores especiais. Nessa medida, este diploma foca sobretudo a sua preocupação nos meios processuais que permitam sancionar o procedimento pré-contratual numa fase em que a infracção ainda possa ser emendada, ou seja, antes da celebração do contrato.

O *référé précontractuel* visa permitir uma reacção rápida contra a falta de transparência nos *marchés publics* referentes a *fournitures et travaux*, *concessions de travaux publics* e certos contratos privados de obras, pois trata-se de um recurso com natureza urgente e de *excès de pouvoir*. Mais tarde, a Lei de 29/01/1993, respeitante à prevenção da corrupção, alargou esta nova garantia a todas as *conventions de délégation de service public* e a todos os *marchés publics*.

²¹ O *Code de Justice Administrative* resultou da reforma do contencioso francês de 2000, tendo sido aprovado em 04/05/2000 e entrado em vigor em 2001.

direito privado celebrado pela Administração, a situação é tratada pelos tribunais comuns como uma questão prejudicial que compete aos tribunais administrativos apreciar.

- Podemos enunciar como exemplos típicos de actos destacáveis de contrato administrativo a decisão de o celebrar, a deliberação do júri de um concurso, a sua adjudicação. Por conseguinte, os actos destacáveis são normalmente anteriores à fase de execução do contrato.

- Todavia, o juiz de *excès de pouvoir* pode somente controlar a legalidade do contrato, estando-lhe vedada a possibilidade de anulá-lo ou declarar a sua nulidade

- A teoria dos actos destacáveis suscita problemas complexos na sua aplicação. Basta pensarmos que a anulação de um acto destacável não implica, por si só, a sua anulação, já que posteriormente é preciso que as partes recorram ao juiz do contrato, sob pena de a primeira decisão ter um efeito meramente declarativo.

Para combater estas “fragilidades”, em 1992, consagrou-se o *référé précontractuel*²⁰, segundo o qual era concedido ao juiz um contencioso de plena jurisdição, dado que ele passou a poder ordenar quer medidas provisórias (como uma injunção ou uma suspensão da celebração do contrato), quer medidas definitivas (como a anulação de uma decisão ou a eliminação de uma cláusula prevista para o contrato).

- Este expediente tem carácter preventivo, consequentemente, apenas poderá ser empregue antes da celebração do contrato.

- Em 2000, o instituto do *référé* foi novamente previsto no *Code de Justice Administrative* (R.551-1 e seguintes)²¹, tendo-se consagrado três processos: o *référé-suspension* (poder de suspensão), o *référé-injonction* (poder de injunção) e o *référé conservatoire*, (poder de ditar sanções pecuniárias compulsórias, em caso de incumprimento persistente das obrigações).

- Em 11/12/2001, entrou em vigor a Lei MURCEF (*mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*), a qual vem elucidar que os *marchés* celebrados de acordo com o *Code des Marchés Publics* possuem natureza de contratos administrativos. Pretendeu-se, assim, pôr termo às complicações contenciosas que derivavam da existência de *marchés publics de droit privé*, que eram da competência do juiz comum, mas para os quais podia ser competente o juiz administrativo no caso de se ter de conhecer um *référé préfectoral* dirigido contra a decisão de celebrar tais contratos.

2.2 – Sistema Espanhol e Britânico de Contratação Administrativa

Analisemos agora as soluções legais adoptadas em Espanha e Inglaterra sobre estas questões:

Espanha
<p>Capacidade Contratual</p> <p>Em Espanha, como seria de esperar em virtude da especificidade da sua estrutura organizativa, o sistema administrativo é descentralizado, pelo que vigora uma repartição de competências entre o Estado Central e as Comunidades Autónomas em matéria de celebração de contratos públicos.</p>
<p>Regime Jurídico</p> <p>Em Espanha, existe tradicionalmente a dicotomia contrato administrativo/contrato privado da Administração e, na esteira da tradição francesa, a discussão centraliza-se essencialmente na questão dos critérios de distinção entre as duas espécies de contratos celebrados pela Administração Pública.</p> <p>No sistema deste país, em oposição ao que se verifica no sistema alemão (no qual excepcionalmente se admite a celebração de certos contratos entre a Administração e os particulares, incidindo sobre matérias típicas do direito público - tais como, contratos de expropriação, contratos fiscais, contratos sobre as condições de urbanização de uma determinada área, contratos de subvenção ou de fomento à produção), em Espanha, esses domínios estão em princípio vedados à contratação, visto não se poder contratar sobre poderes públicos. Na realidade, a maioria destes contratos estão expressamente exceptuados na <i>Ley de Contratos de las Administraciones Públicas</i>, ou porque não são admissíveis ou porque têm regulação sectorial específica.</p> <p>No ordenamento jurídico espanhol o direito administrativo incide sobre a formação de todos os contratos da Administração Pública, inclusive sobre os contratos privados da Administração.</p> <p>Todavia, a especificidade do sistema espanhol reside no facto dos contratos privados da Administração se regerem, quanto aos seus efeitos e extinção, pelas normas do direito privado mas, quanto à sua preparação, competência e adjudicação, pelas normas administrativas especiais e, na falta destas, pelas disposições da <i>Ley de Contratos de las Administraciones Públicas</i> e respectivo Regulamento. Ou seja, a legislação espanhola prevê um procedimento comum para a formação dos contratos da Administração Pública, sejam eles contratos administrativos ou contratos de direito privado, seguindo-se hoje a doutrina de origem francesa dos actos destacáveis (<i>actos separables</i>), preparatórios da celebração de um contrato de direito civil.</p> <p>Deste modo, a validade ou invalidade dos actos administrativos preparatórios de qualquer contrato de Administração Pública, assim como a do acto de adjudicação, aprecia-se de acordo com as normas de direito administrativo, ainda que a regulamentação de fundo do contrato seja remetida para o direito privado.</p>
<p>Contencioso da Contratação Pública</p> <p>Um vez que no ordenamento jurídico espanhol vigora a dicotomia entre contratos administrativos e contratos de direito privado da Administração, contrapõem-se a correspondente dualidade jurisdiccional, em termos de competência contenciosa.</p> <p>Com efeito, a <i>Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa</i> confere à jurisdição administrativa o conhecimento das questões relativas aos contratos. Ao passo que, em relação aos contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública, os respectivos actos preparatórios e o acto de adjudicação, consideram-se destacáveis (<i>separables</i>) do próprio contrato. Desta feita, ainda que o contrato seja privado por natureza, tais actos terão de ser impugnados autonomamente perante a jurisdição administrativa. E se esses actos forem efectivamente anulados nesta jurisdição administrativa, o próprio contrato privado subsequente será igualmente nulo, entrando em fase de liquidação, sem necessidade de instaurar novo processo perante a jurisdição comum.</p> <p>Como seria de esperar, este sistema apresenta-se muito complexo, desde logo em virtude da dificuldade na determinação da natureza privada ou administrativa do contrato e, por outro lado, da circunstância da jurisprudência civil e a jurisprudência administrativa terem critérios interpretativos muito diferentes da referida divisão, procurando ambas ampliar os respectivos</p>

âmbitos de competência. Daí que, muitos autores espanhóis têm defendido a supressão dessa dualidade de jurisdições, por forma a que todos os contratos celebrados pela Administração Pública fiquem integralmente submetidos ou à competência da jurisdição administrativa (RAMÓN PARADA, GARCÍA-TREVIJANO e MARTIN-RETORTILLO)²² ou à competência da jurisdição comum (GIMENO SENDRA, MORENO CATENA, GARBERÍ LLOBREGA e GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO)²³. Estes últimos autores alegam em defesa da sua tese que, uma unificação de competência jurisdicional ao nível dos tribunais administrativos, se traduziria num alargamento do privilégio de auto-tutela decisória e executiva da Administração em relação a todos os seus contratos, enquanto no processo civil a Administração Pública surge praticamente despojada de privilégios. Além disso, consideram que a própria distinção entre contrato administrativo e contrato privado é artificial.

Registe-se ainda que, no sistema espanhol aplica-se a regra da impugnação graciosa prévia. Isto é, as questões de interpretação, modificação, resolução e efeitos do contrato são sempre resolvidas primeiro pela Administração, só posteriormente se poderá lançar mão do recurso contencioso. Pois entende-se que, a impugnação dos actos destacáveis não apresenta qualquer especificidade em relação à impugnação, por parte de um particular, de um qualquer outro acto administrativo.

Inglaterra

Capacidade Contratual

Vigora o princípio geral de liberdade de contratar das entidades públicas

Regime Jurídico

Teoricamente, no sistema britânico vale o princípio constitucional segundo o qual a Coroa deve estar sujeita à *ordinary law of contract*, com algumas excepções decorrentes de especiais *statutes* ou de seculares *Royal Prerogatives* que tradicionalmente caracterizam o estatuto jurídico da Coroa. Contudo, estas realidades não constituem normas contratuais especiais, mas antes prerrogativas da Coroa que, de forma indirecta, podem afectar as relações de um contraente com o Governo. São, por exemplo, os casos do poder de proteger a saúde e a ordem pública (*police power*), do poder e do dever de adoptar medidas de *public policy*, do privilégio de inexistência de execução contra a Coroa (*execution judgement against the Crown is not permitted*) ou ainda da proibição de contra ele proferir ordens de fazer (*specific performance orders and injunctions are not obtainable against the Crown*).

No ordenamento jurídico britânico não é possível descortinar um conceito de contrato administrativo, assente na sujeição a especiais regras de direito público e ao controlo dos tribunais administrativos. Já que, tradicionalmente, no sistema britânico não há tratamento específico para qualquer das duas categorias de contratos da Administração. Senão vejamos: *i*) em relação aos contratos de colaboração, que visam associar os particulares à realização de funções administrativas, sempre se tentou evitar reconhecer a existência de um regime jurídico especial que convergisse quer para as exigências de eficácia da actuação administrativa, quer para a necessidade de garantia daqueles que contratam com a Administração; *ii*) em relação aos contratos cujo objecto se traduz no exercício do poder administrativo, defende-se o princípio de proibição da limitação do exercício de poderes discricionários através de contrato, pelo que são inválidos quaisquer contratos que impliquem a negociação do poder administrativo.

No sistema inglês verifica-se uma quase completa ausência de normas jurídicas na contratação pública. Acresce que, as regras e os procedimentos sob os quais se celebram e executam os contratos do Estado não são em rigor normas jurídicas, nem concedem direitos aos particulares, constituindo antes puras instruções de serviço de carácter interno (*internal departmental instructions*), não sendo objecto de publicação com carácter geral.

²² GARCIA DE ENTERRÍA, EDUARDO/FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMON, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 710 e 711.

²³ GIMENO SENDRA, VICENTE/MORENO CATENA, VICTOR/GARBERÍ LLOBREGA, JOSÉ/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS, *Curso de Derecho Procesal Administrativo*, Tirant lo Blanch, València, 1992, p. 75.

Consequentemente, a Administração Pública usufrui de uma vasta margem de discricionariedade neste assunto, uma vez que a lei também não contempla procedimentos formais. Porém, existem algumas práticas administrativas antigas (tanto do ponto de vista do procedimento adjudicatório como do ponto de vista de execução dos contratos), que as entidades públicas observam por representarem normas internas e informais.

E, não obstante, teoricamente se afirmar que, em termos de execução, um contrato celebrado por uma entidade pública é idêntico a um contrato celebrado por uma entidade privada, na prática isso não é bem assim. Dado que, sobretudo nos contratos em massa (como os de aquisição de bens e serviços - *procurement of goods or services*), é usual consagrar-se um conjunto de condições que foram criadas particularmente para os contratos do governo, referentes a: poderes de fiscalização da execução do contrato; poderes de modificação unilateral do conteúdo do contrato (com obrigatoriedade de revisão de preços para assegurar o reequilíbrio financeiro do contrato); poderes de rescisão unilateral do contrato (*break clause*) com fundamento no interesse público (*termination for convenience*); poderes sancionatórios sem recurso prévio aos tribunais; poderes de substituição da Administração ao contraente particular, a expensas deste, a fim de assegurar a execução do contrato em caso de incumprimento.

Na verdade, as razões subjacentes à estipulação destas regras especiais prendem-se com o estabelecimento de um quadro mínimo de uniformização no seio da Administração, bem como à necessidade de se garantir a permanente adequação da prestação do particular à realização do interesse público e à possibilidade de controlo por parte da Administração dessa actividade.

De realçar que, ao contrário do que sucede na ordem jurídica portuguesa, onde estes poderes têm natureza legal (cfr. artigo 302.º do CCP), no sistema britânico as mencionadas condições constam de cláusulas *standard*, as quais têm de ser acolhidas no corpo do contrato em causa, dependendo, assim, da vontade das partes. Por conseguinte, na maior parte das vezes o poder negocial do particular face a Administração não é inteiramente livre.

Paralelamente, vigoram no ordenamento jurídico britânico de contratação pública três tipos de *guidelines*, a saber: i) as *Procurement Policy Guidelines* elaboradas pelo *Procurement Policy Unit*, nas quais se sublinha a necessidade da concorrência nos procedimentos de escolha do co-contraente e se estabelece o *value for money* como principal critério de adjudicação (o que exclui o mero critério do preço); ii) as orientações específicas para determinados tipos de contratos, como por exemplo as efectuadas pelo *Procurement Group* relativamente a projectos de construção; iii) e as *Model Conditions of Contract* elaboradas pela *Central Unit on Procurement*, cujo conteúdo é muito pormenorizado, versando sobre as mais variadas matérias, entre as quais a natureza do contrato, prazos, modos de pagamento, responsabilidade, invalidade, incumprimento, controlos e resolução de conflitos). E apesar da inserção no articulado dos contratos desta última espécie de orientações não ser obrigatória, ela é fortemente recomendada e estimulada.

Pelo exposto, importa concluir que o direito geral dos contratos só muito subsidiariamente se aplica aos contratos do Governo britânico, na medida em que eles se regem basicamente pelas suas cláusulas. Além disso, estes contratos são compostos por um texto minucioso que o Governo aprova e que existe especificamente para os contratos de fornecimento e obras públicas.²⁴

Contencioso da Contratação Pública

Tradicionalmente, em Inglaterra são competentes para dirimir os eventuais litígios entre as partes os tribunais comuns (*High Court of Justice ou County Courts*). Simplesmente, na prática assiste-se a uma certa relutância dos tribunais comuns em intervir relativamente aos contratos governamentais, em virtude desta espécie de contratos ser susceptível de suscitar *policy issues*. Paralelamente, a generalidade dos contratos públicos estipulam cláusulas de arbitragem. Aliás, em 1968 foi instituído um órgão arbitral especial, o *Review Board for Government Contracts*, de carácter independente, com membros nomeados, concomitantemente, pelo Governo e pela confederação da indústria britânica. Este órgão profere decisões preceptivas (mormente em matéria de alteração da

²⁴ Sobre o sistema britânico, vide SÉRVULO CORREIA, *A Autonomia Contratual da Administração no Direito Inglês*, Separata dos *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Coimbra, 1988 e PETER LEYLAND/TERRY WOODS, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2002.

equivalência das prestações), acumulando igualmente funções consultivas. De modo que, ao contrário da teoria geral, parece ser raro um tribunal comum ter a oportunidade de aplicar o direito comum a um destes contratos.

Antes de avançarmos para a próxima matéria, importa mencionar que na União Europeia (UE) há muito se instituiu uma “antipatia” pelas categorias jurídico-organizativas do direito administrativo de matriz francesa. Tal reacção prende-se com o inevitável desejo dos governos de manipular essas categorias, com vista a limitar e condicionar aplicabilidade do direito comunitário.

Assim, o Direito Comunitário, ao desconhecer a figura do contrato administrativo optou, desde o início, por uma noção neutra de contrato público que abrange um universo muito diversificado de contratos celebrados quer por entidades públicas quer por entidades privadas. Na sequência das directivas comunitárias sobre contratação pública pode afirmar-se que vigora actualmente um regime jurídico substantivo aplicável, em termos idênticos, a uma série de contratos da Administração Pública, independentemente das respectivas qualificações tradicionais como contratos administrativos ou como contratos de direito privado da Administração.

Por outro lado, o direito comunitário dos contratos públicos tem vindo a aproximar os modelos europeus tradicionalmente muito diferentes entre si. Estando-se assim a caminhar, paulatinamente, para a uniformização dos regimes jurídicos da contratação pública no seio da Comunidade, ao nível procedimental e de contencioso. Mas a este assunto voltaremos mais tarde.

2. 3- Sistema Português de Contratação Administrativa

Da leitura conjugada dos n.ºs 1 e 2 do artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa de 1976, podemos inferir que no desenvolvimento das tarefas ou actividades que a lei lhe incumba, a Administração pode, em função das exigências de interesse público, fazer uso das mais diversas formas de actuação, desde que com isso não ponha em causa os direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Funcionando estes últimos como limites à actuação da Administração.

E como frisamos anteriormente, uma das formas possíveis de actuação da Administração é o contrato.

Assim, a Constituição habilita a Administração a agir tanto no âmbito do direito público, como no do direito administrativo e no do direito privado. Pelo que, a Administração pode ser parte quer em contratos administrativos, quer em contratos de direito privado. Não podendo, contudo, a prossecução do interesse público justificar o sacrifício abusivo de direitos.

Acontece que, na nossa Constituição nada estatui sobre questões de formação de contratos administrativos ou privados, havendo somente no artigo 293.º n.º 1 al. a) uma alusão ao concurso

público. De modo que, cabe ao legislador ordinário construir nesta matéria o regime procedimental que se mostre mais apropriado e consentâneo com os princípios fundamentais da actividade administrativa de carácter material e procedimental, nomeadamente os princípios: da prossecução do interesse público e do respeito dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares; da legalidade e da autonomia pública; da igualdade; da proporcionalidade; da justiça; da imparcialidade; e da boa-fé.

Por seu turno, o modelo clássico português de contratação administrativa é considerado de inspiração francesa. No entanto, actualmente a característica que se destaca no ordenamento nacional é o de conjugar, nem sempre do melhor modo, as influências francesa e alemã, pois estas não operaram por substituição mas, antes, por aditamento. Deste modo, o sistema administrativo português mostra-se complexo e com uma identidade própria.

No nosso modelo de contratação administrativa sempre vigorou de uma forma mais ou menos acentuada, consoante o regime imperante, uma dicotomia entre contratos administrativos e contratos de direito privado da Administração Pública, quer para efeitos de dualidade de regimes jurídicos substantivos, quer para efeitos de dualidade de competência jurisdicional. Se bem que, esta última dualidade acabou por desaparecer com a Reforma do Contencioso Administrativo de 2004.

Outra semelhança em relação ao sistema Francês, foi o facto de, em Portugal, ter ocorrido primeiro a autonomização contenciosa e só depois a autonomização substantiva do instituto do contrato administrativo. Por conseguinte, inicialmente este género de contratos foi considerado pela doutrina como pertencendo ao Direito Privado, não obstante o legislador ter atribuído o seu contencioso aos tribunais administrativos.²⁵

Assim, no ordenamento nacional podemos distinguir quatro momentos distintos quanto ao âmbito do contrato administrativo, a saber:

Código Administrativo 1936/1940

O artigo 815.º § 2.º do Código Administrativo de 1940 estipulava que *consideram-se contratos administrativos unicamente: os contratos de empreitada e de concessão de obras públicas, os de concessão de serviços públicos e os de fornecimento contínuo e de prestação de serviços, celebrados entre a Administração e os particulares para fins de imediata utilidade pública.*

- A doutrina maioritária, preconizada por MARCELLO CAETANO e a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, entendiam que se estava perante uma enumeração taxativa dos contratos administrativos e de que, portanto, apenas eram contratos administrativos os que se encontravam enumerados no citado preceito do Código Administrativo.

- Contudo, MELO MACHADO, FREITAS DO AMARAL e SÉRVULO CORREIA consideravam que era admissível a existência de outros contratos administrativos, para além dos expressamente

²⁵ Neste sentido *vide*, entre outros, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1980, pp. 586 e 587.

reconhecidos no mencionado artigo 815.º, § 2.º. Estes autores entendiam que esta norma fazia apenas menção à atribuição de competência contenciosa, tendo um âmbito meramente processual. Logo, ela não obstava a que outros diplomas pudessem qualificar mais contratos como administrativos ou pudessem sujeitar diferentes contratos a regimes jurídicos de direito administrativo.

Segundo esta posição minoritária, do ponto de vista do direito substantivo, eram contratos administrativos todos os que tivessem um regime de Direito Administrativo. Do ponto de vista contencioso ou processual, apenas pertenciam à competência dos tribunais administrativos as questões inerentes aos contratos que o artigo 815.º § 2.º do Código Administrativo considerasse administrativos.

- A partir de 1965, vários diplomas legais avulsos começaram a considerar contratos administrativos outros contratos que não os supracitados no artigo 815.º § 2.º (por exemplo: D.L. n.º 47.338, de 24/11/1966; D.L. n.º 468/71, de 05/11 que instituiu a Lei dos Terrenos do Domínio Hídrico).

Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (D.L. n.º 129/84, de 27/04)

O artigo 9.º n.º 1 do *ETAF* determinava que *para efeitos de competência contenciosa, considera-se como contrato administrativo o acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica de direito administrativo*. O n.º 2 deste preceito acrescentava que *são designadamente contratos administrativos os contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de concessão de uso privativo do domínio público e de exploração de jogos de fortuna ou azar e os de fornecimento contínuo e de prestação de serviços celebrados pela Administração para fins de imediata utilidade pública*.

- Esta norma originou várias alterações ao regime até então vigente, a saber:

(i) a lei passou a consagrar uma definição material de contrato administrativo;

(ii) a enumeração das espécies de contratos administrativos começou a ser meramente exemplificativa em vez de ser taxativa, podendo-se agora distinguir entre contratos administrativos típicos (previstos e regulados na lei) e contratos administrativos atípicos (resultantes do exercício da autonomia contratual pública – por exemplo: contratos de fomento, de urbanização, de subsídios);

(iii) a lei passou a consagrar expressamente mais duas espécies de contratos administrativos, nomeadamente, os contratos de concessão de uso privativo do domínio público e os contratos de concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar.

-É notório que o legislador português, ao possibilitar expressamente os contratos administrativos por natureza, expandiu muitíssimo o campo de aplicação da figura.

- Os contratos administrativos atípicos ou inominados podem assumir múltiplas configurações e ser, inclusivamente, contratos mistos.

- Todavia, esta inovação legislativa tinha como desvantagem o facto de poder provocar algumas dúvidas no que concerne à competência jurisdicional, derivadas de incertezas na qualificação dos contratos. Mas mesmo no regime anterior essas dúvidas se colocavam, tendo sido resolvidas casuisticamente pelo Tribunal de Conflitos.

- Saliente-se apenas que, a ideia de conexão a um fim de interesse público teve sempre, no Direito francês, uma compreensão expansiva. Em contrapartida, no sistema alemão, o emprego de expressões como as de relação jurídica de direito administrativo ou de fim de imediata utilidade pública tinham sempre subjacente uma preocupação limitativa. Porém, neste país tratou-se sempre de restringir o mais possível a admissibilidade de contratos jurídico-públicos, remetendo a maior parte da contratação administrativa alemã para o domínio do Direito Privado.

- Por último, importa realçar que, para efeitos de qualificação de determinado contrato de prestação de serviços para fins de imediata utilidade pública como administrativo, a jurisprudência tem exigido uma relação directa e suficientemente precisa entre o contrato e a satisfação de necessidades públicas (neste sentido *vide*, entre outros, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, 1.ª secção, de 25/01/2001, proferido no processo n.º 46.798).

CPA de 1992

Segundo o agora revogado artigo 178.º n.º 1 do *CPA* *diz-se contrato administrativo o acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa*. Enquanto o n.º 2 do mesmo artigo estabelecia uma enumeração exemplificativa de contratos administrativos idêntica à do antigo artigo

9.º n.º 2 do *ETAF*, acrescentando apenas o contrato de concessão de exploração do domínio público.

- Constata-se, assim, que esta noção legal assentava no critério objecto, apresentando clara influência da lei alemã. De modo que, o contrato administrativo se definia em função da sua subordinação a um regime jurídico de Direito Administrativo. Este conceito é de difícil concretização, visto estar intimamente associado à questão da relação entre o Direito Privado e Direito Público.

- Vários autores já tentaram determinar o que consiste esta *relação jurídica administrativa*.²⁶

- Atendendo ao disposto no agora revogado artigo 178.º n.º 1 do *CPA*, contrato administrativo e contrato de direito privado da Administração, sendo ambos acordos de vontades, distinguiam-se pela diferente natureza jurídica dos seus efeitos, ou, por outras palavras, pela especial influência que o elemento interesse público actua sobre o primeiro.

- Contudo, o *CPA* não se ficou pela definição de contrato administrativo e à enumeração das suas espécies mais frequentes, tendo abarcado também no seu artigo 179.º uma verdadeira norma de habilitação em matéria de celebração de contratos administrativos. Pois, por determinação daquela norma, a não ser que a lei o impedisse ou que tal resultasse da natureza das relações a estabelecer, as competências dos órgãos da Administração Pública poderiam ser exercidas por via da outorga de contratos administrativos. Por outro lado, pode-se depreender que este artigo, inspirando-se mais uma vez no § 54.º da Lei de Procedimento Alemã, consagrou a fungibilidade entre contrato administrativo (típico ou atípico), acto administrativo e contrato de direito privado da Administração.

- O conceito de contrato administrativo saiu incólume à entrada em vigor, a 1 de Janeiro de 2004, dos diplomas emergentes da reforma do contencioso administrativo (designadamente, do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais e do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovados respectivamente pela Lei n.º 13/2002, de 19/02 e Lei n.º 15/2002, de 22/02 e alterados pela Lei n.º 107-D/2003, de 31/12, e a Lei n.º 4-A/2003, de 19/02). Obviamente que, como estes diplomas assumem natureza processual, não se impunha que introduzissem quaisquer transformações quer no plano do direito substantivo, quer no próprio conceito de contrato administrativo, nem mesmo para efeitos de delimitação do âmbito da competência dos tribunais administrativos para dirimir litígios emergentes de relações contratuais.

Por fim, esclareça-se que a opção do artigo 4.º n.º 1 al. f) do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (*ETAF*) em não se remeter para o conceito de contrato administrativo do artigo 178.º do *CPA*, se ficou a dever à constatação da inadequação desse conceito, decorrente da sua ambiguidade. Além disso, pretendeu-se igualmente não *estender o âmbito da jurisdição administrativa, como sucedia até aqui, à apreciação dos litígios emergentes de quaisquer contratos administrativos atípicos, com todas as dificuldades de delimitação que a figura coloca* (FREITAS DO AMARAL/MÁRIO AROSO).²⁷

²⁶ Para MARCELO REBELO DE SOUSA, *O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*, Lex, Lisboa, 1994, p. 12, *a essência do conceito reside antes na prevalência do interesse público (...), não basta olhar para o seu regime, em busca de uma ou diversas cláusulas exorbitantes. O que conta é a ambiência global do contrato, e esta decorre não de por ele se realizar o interesse público (pois tal acontece também em contratos privatísticos), mas de nele avultar sobre os interesses privados existentes esse interesse público.*

Para DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2001, p. 518, *a Relação jurídica administrativa é aquela que, por via de regra, confere poderes de autoridade ou impõe restrições de interesse público à Administração perante os particulares, ou que atribui direitos ou impõe deveres públicos aos particulares perante a Administração. Em termos semelhantes, refere de França Prosper Weil que o que caracteriza o contrato administrativo é precisamente um conjunto original de prerrogativas e sujeições, todas inspiradas pela finalidade da actividade administrativa.*

Para VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, Almedina, 2007, pp. 55 e 56, *devem-se considerar relações jurídicas administrativas aquelas em que um dos sujeitos, pelo menos, actue na veste de autoridade pública, munido de um poder de imperium, com vista à realização do interesse público legalmente definido.* Este autor classifica as relações jurídicas administrativas de origem contratual como sendo dissimétricas, *ou seja, relações em que cada um dos sujeitos é simultaneamente titular perante o outro de posições activas e passivas, conexas entre si.*

²⁷ Vide DIOGO FREITAS DO AMARAL/MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*, Coimbra, 2004, p. 43.

Código dos Contratos Públicos

O artigo 1.º n.º 6 do novo Código dos Contratos Públicos (CCP) passou a estabelecer que *sem prejuízo do disposto em lei especial, reveste a natureza de contrato administrativo o acordo de vontades, independentemente da sua forma ou designação, celebrado entre contraentes públicos e co-contratantes ou somente entre contraentes públicos, que se integre em qualquer uma das seguintes categorias:*

- a) Contratos que, por força do presente Código, da lei ou da vontade das partes, sejam qualificados como contratos administrativos ou submetidos a um regime substantivo de direito público;*
- b) Contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos;*
- c) Contratos que confirmam ao co-contratante direitos especiais sobre coisas públicas ou o exercício de funções dos órgãos do contraente público;*
- d) Contratos que a lei submeta, ou que admita que sejam submetidos, a um procedimento de formação regulado por normas de direito público e em que a prestação do co-contratante possa condicionar ou substituir, de forma relevante, a realização das atribuições do contraente público.*

- A substituição da definição genérica de contrato administrativo constante do antigo artigo 178.º do CPA surge da premência em se densificar aquele conceito, por forma a introduzir um mínimo de segurança no que concerne à problemática da delimitação do âmbito de aplicação do regime substantivo aplicável aos contratos administrativos em geral. E nem tanto por razões de carácter processual, referentes à urgência em aclarar o âmbito da jurisdição administrativa, pois a este nível o ETAF tinha resolvido a questão de modo satisfatório.

- É fácil constatar que, o novo regime representa uma ruptura com a filosofia instituída pelo CPA. Desde logo, porque começou a haver uma profunda articulação entre os conceitos de contrato administrativo e de relação jurídica administrativa, em que a relação jurídica administrativa surge como uma consequência da administratividade de um contrato e não como fonte dessa mesma administratividade, tal como se verificava outrora.

De facto, com o CCP a relação jurídica administrativa perde a exclusividade enquanto critério de qualificação de um contrato como administrativo, passando a facultar a indicação sobre a natureza da relação em causa num certo contrato.

Por conseguinte, torna-se imperioso encontrar na nova lei o(s) critério(s) de administratividade de contratos. Sendo certo que os mesmos estão discriminados nas diversas alíneas do artigo 1.º n.º 6 do CCP.

Ora, como se pode observar, optou-se pela enunciação de diversos factores que demonstram a administratividade dos contratos, em detrimento de uma definição ou cláusula geral daquilo que se considera um contrato administrativo.

- Deste modo, estando em causa a celebração de um contrato entre pelo menos um contraente público, este reveste natureza administrativa se se verificar pelo menos uma dos seguintes factores:

i) qualificação legal (v.g. contratos disciplinados no Título II da Parte III do CCP, os quais correspondem aos contratos administrativos típicos com maior relevo, nomeadamente: empreitadas de obras públicas; concessões de obras públicas e de serviços públicos; de locação e aquisição de bens móveis e de serviços);

ii) submissão a um regime de direito público (v.g. contrato que uma lei avulsa regula, dado um dos contraentes ser um contraente público);

iii) vontade das partes;

iv) carácter público do objecto (v.g. contratos de concessão de exploração do domínio público);

v) procedimento pré-contratual regido por normas de direito público associado com um critério substantivo relativo ao objecto do contrato.

- Outro aspecto a salientar, é o facto do teor do artigo 1.º n.º 6 do CCP ter sido claramente influenciado pelo artigo 4.º n.º 1 al. f) do ETAF, a cujos critérios ele adere. Com efeito, o novo preceito apenas adiciona mais dois critérios aos definidos pelo artigo 4.º n.º 1 al. f) do ETAF, mais concretamente, os critérios enunciados nas alíneas c) e d) do seu corpo.

Porém, se o primeiro destes novos critérios não nos coloca grandes reservas, o mesmo não sucede com o segundo. Com efeito, afigura-se-nos que a generalidade dos contratos que se inserem na al. c) do artigo 1.º n.º 6 do CCP são contratos típicos, como os contratos de concessão de obras públicas e serviços públicos e de exploração de domínio público. Visando-se, no fundo, dar relevo a uma espécie de contratos administrativos por natureza, derivado do carácter público do seu objecto. Aliás, pode-se de certa forma contrapor esta categoria de contratos com os de empreitada de obras públicas ou de

locação e aquisição de bens ou serviços. É que estes últimos caracterizam-se por terem como objecto prestações que, em princípio, podem ser cobertas por um contrato de direito privado, visto terem por fim o desenvolvimento pelo contraente privado de actividades de natureza estritamente privada, mesmo que dirigidas à obtenção por parte do contraente público de utilidades indispensáveis à prossecução do interesse público.

Pelo que, não nos constrange que os litígios emergentes dos contratos atípicos sancionados pela al. c) do artigo 1.º n.º 6 do *CCP*, em que os contratantes não os tenham qualificado como administrativos ou submetido a um regime substantivo de direito público, recaiam na jurisdição dos tribunais administrativos. Tornando-se, por isso, oportuna a revisão neste sentido do estipulado no artigo 4.º n.º 1 al. f) do *ETAF*.

Já o critério previsto na al. d) do artigo 1.º n.º 6 do *CCP* não é imune a críticas, desde logo porque:

a) não antevemos justificação para atribuir relevo à natureza do regime aplicável ao procedimento pré-contratual, quando o que está em causa é a qualificação para efeitos de submissão do contrato a um regime substantivo. Ou seja, a natureza do regime subjacente ao procedimento de formação do contrato não deve constituir um critério atinente à substância do contrato, dado respeitar a aspectos extrínsecos do contrato. Aliás, a qualificação para efeitos de submissão do contrato a um regime substantivo deve ter como ponto central a conexão das prestações contratuais com as atribuições do contraente público;

b) deparamo-nos com uma grande dificuldade em operacionalizar este factor, sobretudo por se tratar de um factor que não tem qualquer ligação com conceitos pré-existentes na legislação nacional ou institutos de criação jurisprudencial ou doutrinal;

c) a ambiguidade da enunciação utilizada faz com que subsistam dúvidas sobre quais as espécies de contratos que se pretende abranger. O que, por si só, introduz factores de incerteza na delimitação do âmbito das categorias contratuais sujeitas ao regime comum dos contratos administrativos;

d) no momento em que o recente código sobre contratação pública acolhe o entendimento de que as próprias partes podem qualificar qualquer contrato como administrativo, desde que uma das partes seja contraente público nos termos do artigo 3.º do *CCP*, torna-se desnecessário alargar as espécies de contratos administrativos atípicos por força da lei.

Além disso, as mencionadas críticas não se diluem pela simples razão da al. d) do artigo 1.º n.º 6 do *CCP* ter como inspiração a al. e) do artigo 4.º n.º 1 do *ETAF*. Pois ainda que esta norma de delimitação do âmbito de jurisdição administrativa em matéria de contratos faça alusão a um critério fundado na existência de um procedimento pré-contratual regulado por normas de direito público, ela não o complementa com um qualquer critério substantivo reportado ao objecto do contrato, tal como se verifica na al. d) do artigo 1.º n.º 6 do *CCP*. Com efeito, a al. e) do artigo 4.º n.º 1 do *ETAF* surge assim como um complemento aos critérios substantivos enunciados na al. f) do artigo 4.º n.º 1 do *ETAF*.

Por outro lado, a nível processual a al. d) do artigo 1.º n.º 6 do *CCP* não produz qualquer consequência, uma vez que independentemente do objecto dos contratos abrangidos por esta norma, os tribunais administrativos são competentes para dirimir os litígios emergentes da relação contratual por eles estabelecida, conforme al. e) do artigo 4.º n.º 1 do *ETAF*.

- Posto isto, teremos de concluir que nem mesmo o recente diploma sobre contratação pública conseguiu delimitar com precisão o âmbito das espécies contratuais a submeter ao regime dos contratos administrativos. O que se traduz numa grande extensão de contratos abrangidos e no surgimento lamentável de incertezas quanto às espécies de contratos excluídos pelo *CCP* do regime substantivo do contrato administrativo.

Neste, como em tantos outros domínios da teoria geral do Direito Administrativo, o terreno em que nos deslocamos é movediço, por não serem sólidos os dados fornecidos pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência, tanto nacional como comparada.

Desta feita, importa estabelecer determinações legais claras sobre a qualificação de um contrato como administrativo, sendo de eliminar os factores ambíguos. No cenário da legislação nacional ora vigente, isso pode passar numa primeira fase pela eliminação ou esclarecimento do factor de administratividade ínsito na al. d) do artigo 1.º n.º 6 do *CCP*.

Caso contrário, será preferível classificar como administrativo todo e qualquer contrato celebrado por entidades públicas e, em contrapartida, extenuar as sujeições a que o contraente privado fica submetido.

- Cumpre ainda sublinhar que, o *CCP* não contempla uma enumeração exemplificativa dos principais contratos administrativos nos mesmos moldes em que fazia o antigo artigo 178.º do *CPA*. Muito embora, tal enumeração possa ser feita a partir das epígrafes dos diferentes capítulos do Título II da Parte III do *CCP*. Desta feita, podemos observar que o *CCP* qualifica como contrato administrativo:

a) o *contrato de empreitada de obras públicas*, que consiste num contrato oneroso através do qual um particular se encarrega de executar, ou de conceber e executar, uma obra pública (cfr. artigo 343.º n.º 1 do *CCP*);

b) o *contrato de concessão de obras públicas*, por via do qual um particular se encarrega de executar, ou de conceber e executar, uma obra pública, adquirindo, como contrapartida, o direito de a explorar, eventualmente recebendo um preço (cfr. artigo 407.º n.º 1 do *CCP*);

c) o *contrato de concessão de serviços públicos*, mediante o qual o co-contratante assume o encargo de gerir um serviço público durante um certo período de tempo, fazendo-o em nome próprio e sob sua responsabilidade, sendo pago através dos resultados financeiros da sua gestão ou remunerado pelo contraente público (cfr. artigo 407.º n.º 2 do *CCP*);

d) o *contrato de locação de bens móveis*, que não é mais do que um contrato de locação em que o locatário é um contraente público (cfr. artigo 431.º n.º 1 do *CCP*);

e) o *contrato de aquisição de bens móveis*, que não passa de um contrato de compra e venda em que o comprador é um contraente público (cfr. artigo 437.º do *CCP*) e que substitui o antigo contrato de fornecimento contínuo (cfr. artigo 178.º n.º 2 alínea g) do *CPA*);

f) o *contrato de aquisição de serviços*, o qual é um contrato oneroso de prestação de serviços em que estes são prestados a um contraente público (cfr. artigo 450.º do *CCP*) e que sucede ao antigo contrato de prestação de serviços para fins de imediata utilidade pública (cfr. artigo 178.º n.º 2 al. h) do *CPA*).

Em comparação com o direito anterior, podemos depreender que ficaram assim excluídos da enumeração exemplificativa do *CCP* o *contrato de uso privativo do domínio público* (por via do qual a Administração Pública faculta a um particular a utilização económica exclusiva de bens do domínio público) e o *contrato de concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar* (segundo o qual a Administração Pública encarrega um particular da exploração de um casino, sendo retribuído pelo lucro das receitas procedentes do jogo).

No que concerne ao *contrato de concessão de exploração do domínio público* (através do qual a Administração Pública transfere para um particular a gestão de bens do domínio público, cujo gozo este, por sua conta e risco, se encarregará de proporcionar aos interessados) surge mencionado no artigo 408.º do *CCP*, somente para lhe mandar aplicar, a título subsidiário, a regulamentação legal dos contratos de concessão de obras públicas e de serviços públicos.

Curioso de notar que, tradicionalmente, a distinção entre os contratos de empreitada de obras públicas e de concessão de obras públicas assentava na forma de remuneração do contraente privado, pois: se este recebia um pagamento directamente do dono da obra, estávamos perante uma empreitada; se recebia o direito de explorar a obra, sendo remunerado por via de taxas pagas pelos utentes, era uma concessão. No entanto, as construções e concepções do direito da União Europeia e o aparecimento de figuras como as SCUTs (onde as portagens são virtuais e os pagamentos devidos ao concessionário realizados pelo concedente dependem do tráfego), fez com que aquela destriça deixa-se de fazer sentido.²⁸ Pelo que, o *CCP*, influenciado pelo direito da União Europeia, introduziu modificações nas noções destas duas espécies de contratos: por um lado, a definição de empreitada de obras públicas mantém a onerosidade do contrato, mas suprime a tradicional alusão ao pagamento pelo dono da obra; por outro lado, a noção de concessão de obras públicas salienta o direito de exploração da obra, não exigindo, porém, o carácter oneroso, podendo haver assim concessão mesmo que não haja lugar a qualquer pagamento.

- Por último, importa inferir que não são contratos administrativos: os contratos qualificados pela lei ou pelas partes como contratos de direito privado ou submetidos a um regime de direito privado, mesmo que celebrados por *contraentes públicos* no exercício da função administrativa; e os contratos outorgados pelos *organismos públicos* que não sejam celebrados no exercício de funções materialmente administrativas, nem submetidos pela vontade das partes a um regime substantivo de direito público.

²⁸ Sobre esta temática vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 370, JOÃO CAUPERS, *Empreitadas e concessões de obras públicas: fuga para o direito comunitário?*, Separata do Volume Especial 2005 de Direito e Justiça, pp.89 e segs.

Pode assim concluir-se que, em virtude da incapacidade do legislador, da jurisprudência e da doutrina em encontrarem um critério unitário capaz de aglutinar o universo das relações contratuais a sujeitar a regimes específicos de direito público, não se deve procurar tanto uma espécie unitária de contratos administrativos. Mas sim de espécies diferenciadas de contratos administrativos, com objectos diversificados, celebrados tendo como fim a prossecução de interesses públicos diferentes entre si e cuja sujeição a regimes específicos de direito público resulta, consoante as situações, da premência em dar resposta a exigências muito díspares.²⁹ Aliás, as opções adoptadas pelo novo CCP vão nesta linha de raciocínio, tendo-se consagrado um método tipológico para a demarcação dos contratos qualificados como administrativos.

Por outro lado, estipula o artigo 278.º do CCP que *na prossecução das suas atribuições, e sempre que esteja em causa o exercício da função administrativa, os contraentes públicos podem celebrar quaisquer contratos administrativos, salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer*. Em contiguidade com a linha de pensamento do agora revogado artigo 179.º do CPA, esta fórmula pródiga permite declarar, com perspicuidade, que se encontra superada a visão negativista do contrato administrativo. Da mesma forma que, se manteve a regra de fungibilidade entre contrato administrativo (típico ou atípico), acto administrativo e contrato de direito privado da Administração. Logo, o contrato administrativo encontra-se no mesmo plano do acto administrativo, enquanto meio normal de exercício da actividade administrativa pública.

Além disso, *salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer*, a Administração tem a faculdade de introduzir em contratos de direito privado cláusulas correspondentes aos princípios gerais de direito administrativo. Na eventualidade de isso se mostrar impossível, por incompatibilidade entre causa-função, então nessa situação concreta não será viável o recurso ao contrato privado por parte da Administração.

Vigora, assim, no nosso ordenamento jurídico um princípio geral de autonomia pública contratual, mas não de liberdade contratual, na medida em que a Administração é habilitada com o poder discricionário de escolher a forma de actuação que se mostre mais eficaz e adequada à obtenção do resultado e com a prossecução do fim de interesse público que lhe é legalmente confiado. Acresce que, os próprios princípios da legalidade e da prossecução do interesse público obstam a qualquer arbitrariedade no exercício deste recurso alternativo entre acto e contrato. Aliás,

²⁹ Como refere CHRISTOPHE GUETTIER, *Droit des Contrats Administratifs*, Paris, 2004, pp. 25 e segs., *mais do que uma teoria do contrato administrativo, incumbe elaborar uma teoria dos contratos administrativos, atenta a existência, desde o início assinalada por Gaston Jéze, de evidentes diferenças entre os contratos administrativos, pois que a noção de contrato administrativo cobre toda uma série de contratos de objectos e regimes jurídicos a que falta de modo singular a homogeneidade*.

outra solução não poderia ser consagrada pela simples razão de que, mesmo actuando no domínio do direito privado, a Administração nunca se torna um particular, nem pode usufruir da mesma autonomia que estes dispõem.

Alguns exemplos típicos de incompatibilidade por natureza de se celebrar um contrato são o do exercício de poderes nos procedimentos disciplinares, os de polícia, as decisões sobre reclamações e recursos e a generalidade das competências sancionatórias e as vinculadas.

Outro aspecto que ressalta da nova legislação é a consagração expressa da dicotomia, que muitos julgavam extinta após a Reforma do Contencioso Administrativo³⁰, entre os contratos administrativos e os designados contratos privados da Administração Pública.

Esta solução começa logo a ser definida no artigo 1.º n.º 1 do *CCP*, de acordo com o qual o *presente Código estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo*. A mencionada disciplina é, por sua vez, aplicável à formação de quaisquer contratos públicos celebrados pelas entidades adjudicantes mencionadas no artigo 2.º do *CCP*, ao passo que, o regime substantivo dos contratos somente se aplica aos contratos que revistam a natureza de contrato administrativo (cfr. artigo 1.º n.ºs 2, 3 e 5 do *CCP*). Dito por outras palavras, enquanto aos contratos administrativos e, por inerência, aos contraentes públicos são aplicáveis as disposições da Parte II e da Parte III do *CCP* – relativos tanto ao regime procedimental da formação dos contratos, como ao regime substantivo - já aos contratos de direito privado da Administração Pública e, por inerência, às entidades adjudicantes somente se aplica o regime procedimental constante da Parte II.

Esta determinação já vem devidamente evidenciada na própria norma preambular do *CCP*, mais propriamente no § 1 do seu ponto 3.

Trata-se no fundo de uma exaltação à autonomia conceptual e dogmática do contrato administrativo.

Finalmente, sublinhe-se que não obstante o recente *CCP* estabelecer para os contratos administrativos um regime jurídico substantivo incomparavelmente mais abrangente ao acolhido pelo *CPA*, nos agora revogados artigos 178.º a 189.º, não se trata, todavia, de um regime completo ou exclusivo. Na verdade, este diploma inovador nem chega tão-pouco a remeter para o Direito Administrativo a regulação integral do contrato administrativo, visto que: em princípio, o direito civil é agora expressamente chamado a disciplinar a título subsidiário os contratos administrativos (cfr. artigo 280.º n.º 3 do *CCP*); e, paralelamente, o artigo 279.º do *CCP* estatui que *em matéria de*

³⁰ Neste sentido *vide*, entre outros, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Reforma de 2002 e o Âmbito da Jurisdição Administrativa*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 35, CEJUR, Setembro/Outubro 2002, pp. 3 e segs.

conformação da relação contratual, esta rege-se pelas cláusulas e pelos elementos integrantes do contrato que sejam conformes com a Constituição e a lei.

Esta opção é legítima, dado que um regime substantivo dos contratos da Administração só carece de regular certas especificidades da relação jurídica contratual administrativa.

Aliás, por força do vertido no artigo 280.º do CCP, a ordem pela qual o *direito aplicável* é chamado a regular as relações contratuais administrativas é a seguinte:

i) no caso de o contrato administrativo se encontrar regulado em lei especial (seja no CCP, seja em lei avulsa), ele será regido primeiramente por esse regime especial e subsidiariamente pelas disposições gerais da Parte III do CCP (designadamente, pelos artigos 278.º a 342.º deste diploma). Todavia, esta aplicação subsidiária é afastada se o tipo do contrato não for compatível com as razões justificativas da disciplina em causa (*v.g.* relações laborais decorrentes de contratos de trabalho em funções públicas);

ii) no caso de o contrato administrativo não beneficiar de um regime jurídico especial (seja no CCP, seja em lei avulsa), ele será regido primeiramente pelas disposições gerais da Parte III do CCP, onde se encontra consagrado um género de regime geral do contrato administrativo;

iii) no caso de nem o regime especial, nem o regime geral do contrato administrativo regular determinada matéria, serão aplicados primeiramente ao contrato administrativo os princípios gerais de direito administrativo e subsidiariamente as normas de direito administrativo, com as necessárias adaptações;³¹

iv) por último, na hipótese de não ser possível a aplicação dos princípios e normas enunciadas no ponto anterior, ao contrato administrativo deverão ser aplicadas subsidiariamente as normas de direito civil, com as necessárias adaptações.

Seja como for, não se pode deixar de inferir que apesar do mais recente código sobre contratação pública manter o apelo à aplicação subsidiária do direito civil, ele diminuiu consideravelmente o seu âmbito de aplicação, ao consagrar disposições mais pormenorizadas sobre os contratos administrativos em geral e ao introduzir um regime inovador para as espécies contratuais mais habituais da actividade administrativa. O propósito subjacente a esta mudança legislativa foi a tentativa de regular os momentos mais importantes da relação contratual administrativa.

³¹ A título meramente exemplificativo podemos indicar os seguintes princípios: da irretroactividade da lei e do acto administrativo; da legalidade; da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos; da igualdade e da proporcionalidade; da justiça e da imparcialidade; da boa fé; da colaboração da Administração com os particulares; da participação; da decisão; da desburocratização e da eficiência; da gratuitidade; do acesso à justiça; o da proibição da punição sem audiência prévia; o do estado de necessidade; o da proibição do enriquecimento sem causa; o do justo impedimento; o do interesse geral como fim de toda a actividade da Administração Pública; o da impugnabilidade contenciosa dos actos administrativos; o da executoriedade desses actos e do equilíbrio financeiro do contrato; etc.

3- Código de Contratos Públicos

É por todos sabido que o Código dos Contratos Públicos³², em vigor desde 30 de Julho de 2008, nasceu na sequência da necessidade de se transpor para o ordenamento nacional as Directivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31/03 (entretanto alteradas pela Directiva n.º 2005/51/CE, da Comissão, de 07/09, e rectificadas pela Directiva n.º 2005/75/CE, do Parlamento Europeu e da Comissão, de 16/11), referentes à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, bem como à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, respectivamente.

No entanto, o legislador nacional não se limitou a reproduzir as mencionadas directivas, tendo aproveitado a ocasião para efectuar uma nova sistematização e uma uniformização de regimes substantivos dos contratos administrativo e instituir uma nova regulação de todos os procedimentos que, até agora, não estavam abrangidos no âmbito objectivo e subjectivo das duas directivas. Isto porque, o legislador comunitário faculta aos legisladores de cada Estado-membro, em vários domínios, uma margem de livre decisão.

Na realidade, o direito comunitário sobre contratação pública está direccionado para a regulamentação dos procedimentos de adjudicação e apenas em relação a determinados contratos. Nos últimos anos é que, temos assistido a um interesse crescente do direito comunitário por alguns aspectos atinentes à execução do contrato (designadamente, os que relevem em termos de questões sociais e ambientais).

Recorde-se que, antes da entrada em vigor do *CCP*, o regime jurídico sobre contratação pública encontrava-se disseminado por um conjunto amplo de diplomas, elaborados em épocas diferentes, assentes em correntes doutrinárias também elas diferentes (como por exemplo, o Código do Procedimento Administrativo, os diplomas relativos ao regime da realização de despesas públicas em matéria de celebração de contratos de locação e aquisição de bens e serviços – D.L. n.º 197/99, de 08/06, o regime das empreitadas de obras públicas - D.L. n.º 59/99, de 02/03, o regime dos contratos relativos aos sectores especiais - D.L. n.º 223/2001, de 09/08, o regime das parcerias público-privadas - D.L. n.º 86/2003, de 26/04, com as alterações introduzidas pelo D.L.

³² O Código dos Contratos Públicos foi aprovado pelo D.L. n.º 18/2008, de 29/01.

n.º 141/2006, de 27/07, *etc.*).³³ O que se traduzia, inevitavelmente, num regime jurídico disperso, incompleto, repleto de contradições e desajustado à realidade.

A esta facticidade acrescia ainda, a circunstância dos regimes substantivos da contratação pública se encontrarem desactualizados e desfasados em relação ao contencioso administrativo, o qual havia sido objecto de uma reforma (entrada em vigor a 01/01/2004), onde foi patente a influência do direito comunitário.

Além disso, aos problemas clássicos que são colocados habitualmente ao regime de contratação pública (tais como a garantia da concorrência, da boa gestão dos dinheiros públicos, da imparcialidade das entidades adjudicantes ou da luta contra a corrupção), foram adicionados outros (designadamente, a consagração de preocupações de natureza social e ambiental na regulação dos contratos públicos, o enquadramento jurídico da utilização das novas tecnologias no âmbito dos procedimentos pré-contratuais, com vista a aproveitarem-se as enormes potencialidades que os novos meios electrónicos propiciam, *etc.*).

Assim, a necessidade de mudança tornou-se incontornável. Sendo certo que, essa mudança foi preconizada pelo *CCP*, o qual estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo. Passando este novo diploma legal a regular todas as matérias respeitantes à formação e execução dos contratos públicos, nomeadamente os de empreitadas de obras públicas, concessão de obras públicas e serviços públicos, locação ou aquisição de bens móveis ou de serviços, incluindo

³³ Curioso notar que, à excepção do D.L. n.º 86/2003, de 26/04, todos estes diplomas surgiram na sequência da transposição de directivas comunitárias. A saber: o D.L. n.º 59/99, de 02/03, operou a transposição da Directiva n.º 93/37/CEE, de 14/06 (ou *Directiva-Obras*), relativa à coordenação dos procedimentos de celebração de contratos públicos de empreitadas de obras públicas (a qual havia substituído a Directiva n.º 89/440/CEE, de 18/07/1989); o D.L. n.º 223/2001, de 09/08, operou a transposição da Directiva n.º 93/38/CEE, de 14/06 (ou *Directiva Sectores Especiais*), relativa aos procedimentos de adjudicação de contratos de empreitada de obras públicas e de fornecimentos nos sectores da água, da energia, transportes e telecomunicações (a qual havia substituído a Directiva n.º 90/531/CEE, de 17/09/1990); o D.L. n.º 197/99, de 08/06, operou a transposição da Directiva n.º 97/52/CE, de 13/10. Como é do conhecimento geral, não existe nenhum quadro jurídico específico das parcerias público-privadas a nível europeu. Seja como for, é unanimemente aceite que lhes são aplicáveis as regras e os princípios do Tratado, ou seja, o princípio da igualdade de tratamento e as suas expressões específicas, nomeadamente o princípio da não-discriminação em razão da nacionalidade, bem como os artigos 49.º e 56.º do Tratado de Funcionamento da UE sobre a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços, respectivamente. No entanto, sobre esta matéria já foram emanados pela Comissão diversos diplomas, designadamente: a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, sobre as Parcerias Público-Privadas e o direito comunitário sobre contratos públicos e concessões, de 15/11/2005; o Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões, de 30/04/2004; e mais recentemente a Comunicação interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias Público-Privadas Institucionalizadas, de 12/04/2008.

aqueles que sejam celebrados no domínio dos designados sectores especiais, como os da água, energia, transportes e serviços postais.

Com efeito, o *CCP* introduziu grandes alterações procedimentais e substantivas ao nível da contratação pública e consagrou os princípios fundamentais que devem presidir a essa contratação pública (nomeadamente, o princípio da concorrência, da igualdade, de imparcialidade, da publicidade, da transparência e da boa fé), de modo a que todos os operadores beneficiem, em ambiente de livre concorrência, das mesmas oportunidades.³⁴

³⁴ Mas vejamos, esquematicamente e a título exemplificativo, algumas das mais importantes novidades implementadas pelo *CCP*:

i) uniformização da nomenclatura e das regras aplicáveis aos procedimentos pré-contratuais, bem como condensação do seu número, reconduzindo-os a quatro tipos, a saber: concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, procedimento de negociação (com publicação prévia de anúncio) e ajuste directo (com consulta não obrigatória a um ou vários interessados). A estes procedimentos acresce ainda o diálogo concorrencial que foi introduzido pelas directivas comunitárias sobre contratação pública e que se destina apenas à celebração de contratos particularmente complexos, reunidas que estejam determinadas circunstâncias especiais (cfr. artigos 16.º a 33.º e 112.º a 218.º do *CCP*).

Desapareceram assim procedimentos que se revelam menos consentâneos com a concorrência ou cujas diferenças em face dos demais não justificariam, apesar disso, a respectiva autonomização (nomeadamente, o concurso limitado sem apresentação de candidaturas ou sem publicação de anúncio, a negociação sem publicação prévia de anúncio e a consulta prévia);

ii) criação de um novo procedimento pré-contratual, mais concretamente do concurso público urgente, que pretende responder à necessidade de, em situações de urgência e em que o único critério de adjudicação seja o do preço mais baixo, se contratar no prazo mínimo de 24h, respeitando os princípios da concorrência e da transparência (cfr. artigos 155.º a 161.º do *CCP*);

iii) introdução de mecanismos de defesa da concorrência que visam garantir a transparência, nomeadamente a obrigatoriedade de publicitação *on-line* de ajustes directos, sob pena de ineficácia do contrato, ou o envio para o Observatório de Obras Públicas do Relatório de contratação e do relatório final do obra;

iv) elevação do montante máximo até ao qual é permitida a utilização do ajuste directo (cfr. artigos 19.º al. a), 20.º n.º 1 al. a) e 21.º n.º 1 al. a) do *CCP*). Esta alteração teve por finalidade pôr cobro à banalização dos procedimentos de tramitação mais pesada e complexa (mormente, o concurso público e o concurso limitado). Todavia, já se suscitaram dúvidas sobre se a consagração de limiares internos tão elevados e, consequente, alargamento do âmbito de aplicação do procedimento de ajuste directo, era conforme com os princípios do direito comunitário nesta matéria;

v) revisão em alta dos limites relativos ao valor do contrato em função do procedimento pré-contratual adoptado (cfr. artigos 19.º a 21.º do *CCP*);

vi) consagração de um novo sistema de determinação do valor do contrato e a afirmação do princípio da liberdade de escolha do procedimento, complementado com a regra que dita que essa escolha condiciona, consequentemente, o valor do contrato a celebrar. Sendo certo que, este valor do contrato representa o valor máximo que a entidade adjudicante poderá pagar, em função do procedimento adoptado, pela execução de todas as prestações que constituem o objecto contratual (cfr. artigos 17.º a 22.º do *CCP*);

vii) novas regras para a determinação do preço base do procedimento, o qual passa a ser definido como o preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o objecto do contrato a celebrar (cfr. artigo 47.º do *CCP*);

viii) novas regras para a escolha dos procedimentos em função de critérios materiais, em função do tipo de contrato a celebrar ou da respectiva entidade adjudicante (cfr. artigos 23.º a 33.º do *CCP*);

ix) implementação de novos métodos de contratação e desenvolvimento de boas práticas já existentes, mais concretamente: os leilões electrónicos, os sistemas de aquisição dinâmicos, os acordos quadro e as centrais de compras (cfr. artigos 140.º a 145.º, 195.º, 204.º n.º 2, 237.º a 244.º, 251.º a 259.º e 260.º a 266.º);

x) obrigatoriedade de realização de todos os procedimentos pré-contratuais por via electrónica, o que permitiu encurtar os prazos procedimentais, eliminar o acto público e “desaparecer o papel” (pois a consulta da lista de concorrentes admitidos e das propostas apresentadas passa a ser feita *on-line*). Todavia, estabeleceu-se um período transitório de um ano para a implementação integral desta alteração (cfr. artigos 9.º a 13.º do D.L. n.º 18/2008, de 29/01);

xi) criação do portal dos contratos públicos com toda a informação sobre os contratos em curso (nomeadamente, aquele com o endereço electrónico www.base.gov.pt) e de plataformas electrónicas a ser utilizadas pelas entidades adjudicantes (cfr. artigo 4.º do D.L. n.º 18/2008, de 29/01);

xii) estatuição da possibilidade de a entidade adjudicante recorrer, nos concursos públicos ou nos concursos limitados por prévia qualificação cujo anúncio não tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia, bem como nos procedimentos de formação de contratos de concessão de obras públicas ou de concessão de serviços públicos, a uma fase de negociações, após uma primeira avaliação das propostas;

xiii) dispensa, na fase de apresentação de propostas, da apresentação por todos os concorrentes da documentação de habilitação, recaindo essa obrigação apenas sobre o adjudicatário (cfr. artigos 77.º e 81.º a 87.º do CCP);

xiv) tratamento especial para as propostas com preços anormalmente baixos (cfr. artigos 57.º n.º 1 al. d), 70.º n.º 2 al. e), 71.º, 89.º n.º 2, 115.º n.º 3, 132.º n.º 2, 189.º n.º 3 do CCP);

xv) fixação de critérios sociais e ambientais no âmbito das condições de execução dos contratos, quer para efeitos de admissão e exclusão de candidaturas e de propostas, quer para efeitos da sua avaliação e classificação. *Ou seja, é desejável que os requisitos mínimos de qualificação dos candidatos, bem como os factores que densificam o critério de adjudicação e ainda os aspectos vinculados do caderno de encargos dos procedimentos reflectam, ponderem e valorizem preocupações sociais e ambientais relacionadas com o objecto do contrato a celebrar* (cfr. artigos 42.º n.º 6, 43.º n.º 5 al. c) e d), 49.º n.º 2 al. c), 49.º n.ºs 7 e 8, 164.º n.ºs 2 e 3 e 246.º n.º 4 do CCP). A este propósito, refira-se que a Estratégia Nacional de Acção de Compras Públicas Ecológicas estatui igualmente metas e objectivos para a Administração, no que respeita à introdução de critérios ambientais no procedimento de aquisição de bens e serviços pelo Estado;

xvi) maior rigor na adjudicação de trabalhos a mais, estabelecendo, para tanto, um limite em termos de preço a pagar por esses trabalhos a mais e deixando de incluir no conceito de trabalhos a mais os trabalhos necessários ao suprimento de erros e omissões (cfr. artigos 370.º a 376.º do CCP);

xvii) maior exigência ao nível da qualificação dos candidatos em sede de concurso limitado e de procedimento de negociação, criando dois modelos de qualificação: por um lado, o modelo simples, que corresponde à verificação do preenchimento de requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira fixados no programa do procedimento; por outro lado, o modelo complexo, que assenta num sistema de selecção de um número pré-definido de candidatos qualificados segundo o critério da maior capacidade técnica e financeira, através da utilização de um rigoroso modelo de avaliação das respectivas candidaturas (cfr. artigos 179.º e 181.º do CCP);

xviii) ajustamento do regime da contratação e da execução dos contratos abrangidos pelo CCP às técnicas de financiamento correntes nos dias de hoje, sobretudo no domínio dos contratos de concessão, avultando, naturalmente, as de *project finance*, *acquisition finance* e *asset finance* (v.g. artigos 322.º, 323.º e 421.º n.º 4 do CCP);

xix) imposição de regras com vista a que os critérios de avaliação das propostas sejam total e claramente definidos e divulgados no início do procedimento (v.g. artigos 75.º, 115.º n.º 2 al. b), 132.º n.º 1 al. n), 139.º, 164.º n.º 1 al. i) e q), 181.º n.º 2, 217.º n.º 2, 240.º n.º 2, 243.º n.º 2 al. b), 244.º e 259.º n.º 2 do CCP);

xx) maior responsabilização de todos os intervenientes no processo de contratação, tendo sido criadas para o efeito regras de incentivo à boa gestão de recursos financeiros públicos e privados (como as normas referentes aos adiantamentos de preço, à revisão de preços e à liberação da caução – cfr. artigos 292.º a 301.º do CCP), regras relativas à repartição de responsabilidade durante a fase de execução (onde se distingue o regime do incumprimento contratual, da cessão e da subcontratação – cfr. artigos 316.º a 329.º, 332.º e 333.º do CCP), regras que instituem a exclusão do processo os agentes reiteradamente incumpridores (cfr. artigo 55.º do CCP), ou que penalizam o concorrente vencedor que não comprove possuir os requisitos, o alvará ou os rácios que alegadamente dizia possuir (cfr. artigo 87.º do CCP);

xxi) no plano da investigação e desenvolvimento, o CCP prescreve que, relativamente a contratos de valor igual ou superior a 25 milhões de euros, o adjudicatário é obrigado a elaborar um ou vários projectos de

Registe-se ainda que os objectivos centrais deste Código foram: a maior eficiência na contratação pública; a desburocratização; a simplificação da tramitação; a redução dos prazos procedimentais; a garantia de maior rigor no acompanhamento e monitorização da contratação pública; o controlo da despesa pública.

Cumpra ainda realçar que, o CCP não pretende erigir uma regulação exaustiva dos contratos celebrados por entidades públicas. A título de exemplo, podemos assinalar que ao nível do imobiliário público, o regime geral e comum do domínio público das várias pessoas colectivas e a regulamentação quase exaustiva da aquisição, gestão e alienação de direitos reais ou outras situações jurídicas sobre imóveis do domínio privado, consta de documento autónomo (mormente, no Decreto-Lei n.º 280/2007, de 07/08).

Logicamente que, também não se encontram definidas neste novo diploma legal as regras no domínio das parcerias público-privadas, as quais têm a sua regulamentação prevista no D.L. n.º 86/2003, de 26/04 (com as alterações introduzidas pelo D.L. n.º 141/2006, de 27/07), cujo propósito central é o de assegurar a racionalidade da despesa com as parcerias e a distribuição equitativa do risco entre entidades públicas e parceiros privados.

No que respeita à estrutura, o novo diploma legal encontra-se dividido em quatro partes, a saber:

i) A Parte I do CCP destina-se a delimitar o âmbito de aplicação objectivo e subjectivo do Código.

ii) A Parte II do CCP determina a disciplina aplicável à contratação pública, ou seja, aos procedimentos pré-contratuais de formação dos contratos a que o diploma qualifica como públicos.

iii) A Parte III do CCP erige o regime substantivo dos contratos que revestem a natureza administrativa de acordo com os parâmetros estabelecidos no próprio Código.

iv) E a Parte IV do CCP estatui o regime contra-ordenacional.

A Parte III do CCP encontra-se, por seu turno, dividida em 2 Títulos. Onde o Título I consagra aquilo a que se pode designar como regime substantivo comum dos contratos administrativos em geral, pois não se limita a estabelecer um aglomerado de disposições de

investigação e desenvolvimento directamente relacionados com as prestações que constituem o objecto desse contrato, a concretizar em território nacional, pelo próprio ou por terceiros, de valor correspondente, em regra, a pelo menos 1 % do preço contratual (cfr. artigo 42.º n.º 7 do CCP);

xxii) edificação, pela primeira vez no ordenamento nacional, de uma disciplina geral sobre concessões de obras públicas e de serviços públicos, sendo que a maior parte das regras são comuns a estes dois tipos contratuais (cfr. artigos 407.º a 430.º do CCP). Por outro lado, essas disposições gerais em matérias concessórias são subsidiariamente aplicáveis ao contrato de concessão de exploração de bens do domínio público (cfr. artigo 408.º do CCP);

aplicabilidade comum aos contratos administrativos típicos, definindo igualmente o regime substantivo dos contratos administrativos atípicos (isto é, contratos que nos termos do Código devem ser qualificados como administrativos, embora não correspondam a qualquer dos tipos especificamente previstos na lei). Ademais, a própria necessidade de instituir legalmente um regime imperativo aplicável aos contratos administrativos atípicos prende-se com razões de interesse público.

No II Título da Parte III do *CCP* podemos descobrir o regime referente a um conjunto específico de contratos administrativos, que, sem prejuízo da previsão de outros em lei avulsa, dizem respeito aos contratos administrativos típicos mais importantes; são eles: os contratos de empreitada de obras públicas; os contratos de concessão de obras públicas e de serviços públicos; e os contratos de locação e aquisição de bens móveis e serviços.

No que concerne aos contratos de locação e aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, estamos no domínio de contratos cujo objecto pode ser realizado por via de um contrato de direito privado. Portanto, é lógico surgir a dúvida em que casos estes contratos devem ser classificados como administrativos. Porém, e inversamente do que se verifica com os contratos de empreitada de obras pública e de concessão, o Título II da Parte III do *CCP* não dá resposta directa a esta questão. Não se podendo desta forma afirmar sem mais que, para efeitos do seu artigo 1.º n.º 6 al. a), o *CCP* qualifica como administrativos todos os contratos de locação e aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços quando celebrados por contraentes públicos. Por outro lado, a simples existência de capítulos no Título II da Parte III que versam sobre contratos com esse objecto, não nos parece ser suficiente para deduzir o contrário. Por conseguinte, a qualificação desta espécie de contratos como administrativos terá de ser elaborada casuisticamente, fazendo-se apelo aos factores de administratividade que anteriormente mencionamos.³⁵

Assim, uma vez qualificado um contrato como administrativo, segue-se, regra geral, a aplicação do regime estabelecido na Parte III do *CCP*. Contudo, nem sempre isso ocorre, como por exemplo, quando esteja em causa a celebração de contratos com objecto passível de acto administrativo, ou um contrato sobre o exercício de poderes públicos, ou um contrato interadministrativo em que os contraentes públicos contratam num plano de igualdade jurídica (*vide* artigos 336.º a 338.º do *CCP*). Daí o motivo de se ter criado na Parte III o Capítulo IX do Título I,

xxiii) inclusão dos contratos de aquisição de bens móveis, de locação de bens e de aquisição de serviços no rol dos contratos administrativos por determinação legal (cfr. artigos 431.º a 454.º do *CCP*).

³⁵ Por exemplo, deve considerar-se que a locação e aquisição de móveis só é contrato administrativo, sujeito ao regime substantivo da Parte III, na medida em que se trate de um fornecimento contínuo, não se incluindo aí as locações e aquisições avulsas.

composto por regras especiais, e que assim escapam, no todo ou em parte, ao corpo de princípios do contrato administrativo de matriz jurisprudencial francesa.

Paralelamente, o regime substantivo não se aplica globalmente a todas as espécies de contratos classificados como administrativos. Isto porque essa classificação ainda que permita a sujeição do contrato a um regime substantivo especial, não o sujeita a todas os preceitos constitutivos desse regime. Com efeito, a aplicação deste regime especial e, principalmente, a extensão dessa aplicação encontra-se dependente de outros factores.

Por último, cumpre realçar dois aspectos que se destacam nesta Parte III, designadamente: o de abundarem as normas de carácter supletivo, com vista a garantir a autonomia contratual dos contraentes; e a tendência desregulamentadora particularmente acentuada no domínio das empreitadas de obras públicas.

Em termos de alcance do âmbito objectivo e subjectivo do *CCP*, para compreendermos integralmente as opções assumidas neste código, importa ter presente os aspectos essenciais do direito comunitário sobre contratação pública.

4.1- Direito Comunitário

Actualmente, já não é inteiramente correcto falar-se num direito dos contratos públicos de base nacional, circunscrito às fronteiras físicas e jurídicas de cada um dos Estados-membros da União Europeia (UE). Isto porque a influência do direito europeu dos contratos públicos tem-se vindo a intensificar, à medida que se completa a construção do mercado interno, baseado na igualdade, na não discriminação e nas liberdades de circulação. Sendo certo que, esta restrição aos contratos celebrados por entidades públicas derivada de normas comunitárias se dá quer quando eles visem a mera colmatação das suas necessidades de funcionamento, quer quando visem a prossecução de interesses públicos.

E se de início esta “interferência” se confinou à imposição e regulação da liberalização de certos sectores, de há uns anos para cá, visa-se igualmente que as regras sobre contratos públicos sirvam de elemento facilitador na concretização dos objectivos das políticas europeias no domínio da coesão económica e social, serviços públicos e protecção do meio ambiente. É que se tal não ocorresse estar-se-ia a pôr em causa a realização do próprio mercado interno, já que os contratos

públicos representam cerca de 16% do PIB da UE.³⁶

Desde o primeiro impulso do mercado único (ou seja, Janeiro de 1958) se tomou consciência da relevância suprema do sector da contratação pública para a realização daquele fim, dado o seu peso nas economias nacionais e, por conseguinte, no seio da UE.

Acontece que, o Tratado de Roma não incluía qualquer norma versando directamente esta temática. Apenas continha no seu artigo 163.º n.º 2 (relativo ao incentivo à investigação e ao desenvolvimento tecnológico) uma menção fortuita à abertura dos concursos públicos nacionais, com vista a proporcionar às empresas a possibilidade de explorarem plenamente as potencialidades do mercado interno. Por ventura, este facto ficou a dever-se em muito à multiplicidade dos modelos tradicionais de contratação pública vigentes na Europa. Pelo que, num primeiro momento considerou-se por bem não instituir no Direito Comunitário um verdadeiro modelo comunitário de contrato, dando-se preponderância às questões de ordem procedimental.

E como já havíamos dito, o Direito Comunitário ignora a figura do contrato administrativo, por duas ordens de razão: por um lado, dada a diversidade dos referidos modelos tradicionais, considerou-se por bem que as normas comunitárias neste âmbito representassem apenas um *mínimo denominador comum*; por outro lado, os fundamentos inerentes ao estabelecimento deste regime comunitário são muito distintos dos que historicamente motivaram a criação jurisprudencial francesa da figura do contrato administrativo.

Recorde-se que, em França o contrato administrativo foi concebido em nome do interesse público, e da necessidade de conciliar o consenso subjacente ao contrato e a prossecução do interesse público por parte da Administração, à qual são reconhecidos certos poderes de autoridade, sobretudo no que concerne à execução do contrato. Ao passo que, a razão subjacente à edificação de um regime comunitário de contratação pública radica na construção do mercado interno e, consequentemente, na observância dos princípios consagrados no Tratado.

Adicionalmente, e uma vez que os contratos públicos sempre foram utilizados como importantes instrumentos de intervenção nas economias nacionais, nada mais natural que se tivesse verificado numa fase inicial a resistência à sua liberalização por parte dos Estados-membros. Os quais, adoptando uma posição manifestamente proteccionista, acabariam por inviabilizar um acordo indispensável à inserção da matéria da contratação pública no Tratado³⁷. Exclusão essa que

³⁶ Percentagem retirada de *A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future*, de 03/02/2004, disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/public-proc-market-final-report_en.pdf.

³⁷ Constitui um dado empírico que os Estados podem estimular a iniciativa económica privada por via das despesas públicas (sobretudo as relacionadas com o investimento nos sectores de construção, infra-estruturas, telecomunicações e energia), com o intuito de produzir o denominado *efeito multiplicador* das despesas. Ou seja, os Estados muitas vezes realizam despesas tendo por finalidade aumentar a procura e, concludentemente, a capacidade produtiva das empresas e do emprego.

ainda se mantém nos dias de hoje.

Seja como for, desde os primórdios da Comunidade Europeia que se considerou que a efectivação da igualdade e das suas principais concretizações no âmbito dos contratos públicos, teria de passar pela eliminação das disparidades das legislações nacionais e respectiva harmonização através de directivas, de forma a limitar a liberdade e discricionariedade das entidades adjudicantes no decurso dos procedimentos de preparação e adjudicação do contrato. Visto que, a vigência das diferentes legislações nacionais, tendencialmente proteccionistas, constitui de facto um elemento de discriminação e uma barreira às liberdades de circulação no seio do espaço comunitário³⁸.

Na realidade, desde as mais primitivas Directivas Comunitárias sobre contratos públicos que se firmou o propósito de apenas criar um conjunto de princípios e regras que possibilitassem a harmonização de todos os procedimentos pré-contratuais dentro do seio da UE – a chamada zona comum da contratação pública - sem que tal implicasse a substituição da regulamentação nacional em matéria desses procedimentos³⁹. No entanto, o legislador comunitário tem aprovado, pausadamente, normas cada vez mais detalhadas e minuciosas neste direito pré-contratual e nas mais diversas áreas, diminuindo gradualmente a liberdade dos legisladores nacionais e das entidades adjudicantes. Aliás, as directivas sobre contratação pública dos últimos anos pouco se distinguem das disposições regulamentares.

Note-se que, a opção do Direito Comunitário de incidir basicamente sobre as fases de preparação e adjudicação dos contratos públicos não é de todo inocente, uma vez que é neste

Veja-se ainda, que os Estados instrumentalizam os contratos públicos como modo de intervir na sociedade a nível de política conjuntural, estrutural ou sectorial, direccionada por exemplo: à promoção do desenvolvimento de regiões carenciadas; ou ao estímulo do emprego; ou à reconversão de sectores; ou à reconstrução de empresas, ou à conservação de monopólios nacionais; ou à intervenção em sectores estratégicos. E é sabido que este fenómeno se dá quer no plano local, quer no plano regional.

Por isso mesmo, facilmente se compreende a tentação de se verificar um acentuado protecционismo estatal aquando da adjudicação de contratos públicos.

Ao lado dos factores até agora enunciados encontramos outros que favorecem também esse protecционismo, a saber: o fenómeno da corrupção; a existência de empresas nacionais vocacionadas para a oferta de produtos específicos para entes públicos; o facto dos operadores económicos não terem reagido agilmente e em massa à abertura dos contratos públicos à concorrência comunitária, sobretudo no que respeita às PME's; as razões psicológicas (tais como, sentimentos de patriotismo e prestígio nacional, confiança nas empresas e produtos nacionais, mentalidades fechadas e pouco abertas à mudança, o receio de contratar com empresas estrangeiras, *etc.*); a não utilização pelos operadores económicos lesados, por irregularidades procedimentais, dos mecanismos de garantia dos seus direitos, grande parte das vezes por receio de represálias.

³⁸ Neste sentido veja-se o conteúdo do Programa Geral para a Supressão das Restrições à Livre Prestação de Serviços e do Programa Geral para a Supressão das Restrições à Liberdade de Estabelecimento, aprovados em 18/12/1961.

³⁹ Neste sentido veja-se as Directivas de *Coordenação*, ou *Clássicas*, compostas pelas Directivas do Conselho n.ºs 71/305/CEE, de 26/07/1971 (acerca da coordenação dos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos de obras) e 77/62/CEE, de 21/12/1976 (relativa à coordenação dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos de fornecimento), as quais vieram regular aspectos fulcrais dos procedimentos de formação dos contratos, desde o seu início até à adjudicação.

período que uma “maior liberdade” das entidades adjudicantes poderá resvalar em comportamentos discriminatórios, ou restritivos das liberdades de circulação ou à sua concorrência no espaço europeu. Sendo igualmente certo que, uma apropriada regulação dos procedimentos contratuais é a melhor forma de garantir a prevenção de actuações discordantes com o Direito Comunitário e da efectividade dos princípios comunitários.

Se bem que gradualmente, o legislador comunitário tem proferido normas quanto ao contrato e à sua execução, mormente tendo como finalidade aspectos ambientais e sociais.^{40/41}

Por outro lado, a construção do direito europeu dos contratos públicos foi sendo feita através de directivas Comunitárias, de forma a assegurar a aplicação dos princípios e regras comunitárias numa parte dos contratos outorgados pelos entes públicos, mais concretamente, nos contratos de fornecimentos, serviços, empreitadas e concessões de obras públicas com maior valor económico, pois são estes que têm um maior impacto na materialização do mercado interno.

Os princípios em apreço são os da igualdade (artigo 20.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE e artigo II-80.º no Tratado Constitucional da UE), da não discriminação (artigo 18.º do

⁴⁰ Ora, de acordo com o 1.º Considerando tanto da Directiva n.º 2004/18/CE, como da Directiva n.º 2004/17/CE as *entidades adjudicantes podem satisfazer as necessidades dos públicos em causa, incluindo no domínio ambiental e/ou social, desde que aqueles critérios estejam ligados ao objecto do contrato, não confiram à entidade adjudicante liberdade de escolha ilimitada, sejam expressamente indicados e respeitem os princípios fundamentais*. Aliás, o Tribunal de Justiça já se havia pronunciado neste sentido nos Acórdãos *Beentjes*, de 20/09/1988, proferido no processo n.º 31/87, e *Concordia*, de 17/09/1999, proferido no processo n.º C-513/99.

Acresce que, nos artigos 53.º e 55.º das Directivas n.ºs 2004/18/CE e 2004/17/CE, respectivamente, são elencados, no rol exemplificativo dos factores que podem ser utilizados para identificação da proposta economicamente mais vantajosa, as características ambientais.

Os Considerandos 28.º, 29.º, 33.º e artigos 19.º, 23.º e 26.º da Directiva n.º 2004/18/CE, bem como os Considerandos 39.º, 42.º e 44.º e artigos 28.º, 34.º e 38.º da Directiva n.º 2004/17/CE aduzem outras formas de integração das políticas sociais e ambientais ao nível das condições de execução e da escolha do objecto dos contratos.

De facto, não nos podemos esquecer que os aspectos agora em evidência fazem parte do elenco dos fins e objectivos do processo de construção europeia (cfr. artigo 3.º do Tratado da UE). Tendo sido, por isso, indispensável proceder à conciliação entre a abertura da contratação pública à concorrência europeia e a promoção, por via dos próprios contratos públicos, de políticas regionais, sociais e ambientais.

O legislador do novo CCP não deixou de observar as orientações adoptadas pelas Directivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE no que concerne à integração dos aspectos sociais e ambientais, tanto para efeitos de admissão e exclusão de candidaturas e de propostas, quanto para efeitos da sua avaliação e classificação (v.g. artigos 42.º n.º 6, 43.º n.º 5 al. c) e d), 49.º n.º 2 al. c), 49.º n.ºs 7 e 8, 164.º n.ºs 2 e 3 e 246.º n.º 4 do CCP). Ao ponto de ter proclamado no preâmbulo daquele diploma legal que *é desejável que os requisitos mínimos de qualificação dos candidatos, bem como os factores que densificam o critério de adjudicação e ainda os aspectos vinculados do caderno de encargos dos procedimentos reflectam, ponderem e valorizem preocupações sociais e ambientais relacionadas com o objecto do contrato a celebrar*. Não se tendo esquecido de frisar que, *a Estratégia Nacional de Acção de Compras Públicas Ecológicas estabelece igualmente metas e objectivos para a Administração, no que se refere à introdução de critérios ambientais no procedimento de aquisição de bens e serviços pelo Estado*.

⁴¹ Sobre esta matéria vide ainda COMISSÃO, *Comunicação interpretativa sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar aspectos sociais nesses contratos*, de 15/10/2001, COMISSÃO, *Comunicação interpretativa sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar aspectos ambientais nos contratos públicos*, de 04/07/2001, e Comissão, *Buying Green! A handbook on environmental public procurement*, de Agosto de 2004, todos disponíveis em www.simap.europa.eu.

Tratado sobre o Funcionamento da EU - *TFUE*), do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade, da transparência, da publicidade, da imparcialidade e das liberdades de circulação (mais concretamente, de mercadorias, de serviços, de capitais, de pessoas, de trabalhadores, e de estabelecimento – artigos 28.º, 56.º, 63.º, 45.º e 49.º do *TFUE*).⁴²

Nestes termos, o próprio regime jurídico dos contratos públicos constitui um mero instrumento de concretização e efectivação destes princípios comunitários, com vista à realização dos objectivos da UE e, sobretudo, da concretização do mercado interno, assente numa economia social de mercado altamente competitiva.

A constatação desta realidade tem sido proferida pelo próprio Tribunal de Justiça, de acordo com o qual as directivas possuem um carácter instrumental face aos princípios. Paralelamente, esta instituição comunitária tem depreendido dos princípios comunitários um conjunto de obrigações que recaem sobre os Estados-membros relativamente aos contratos que escapam à disciplina específica, obrigações essas que diminuem consideravelmente a liberdade dos legisladores nacionais e, por sua vez, das entidades adjudicantes.

Um outro aspecto a reter, é o de os princípios gerais de direito e as regras fundamentais fazerem parte do acervo comunitário, tendo sido utilizados pelo Tribunal de Justiça tanto para a integração de lacunas, como de critério de interpretação teleológica e ainda como elemento de desenvolvimento do próprio direito comunitário em matérias inicialmente não previstas nos Tratados. Na realidade, o Tribunal de Justiça tem manuseado os princípios com grande liberdade, quer em termos da sua selecção, quer em termos da sua aplicação aos casos concretos.

De facto, a partir do Acórdão *Telaustria* (de 07/12/2000, proferido no processo n.º C-324/98)

⁴² O princípio da não discriminação em razão da nacionalidade e as liberdades de circulação são concretizações do princípio da igualdade. Por sua vez, os princípios de transparência, publicidade e imparcialidade são obrigações impostas pela igualdade e suas principais concretizações, visto surgirem como instrumentos indispensáveis à efectividade daqueles (neste sentido *vide* Acórdão *Telaustria*, de 07/12/2000, proferido no processo n.º C-324/98). O princípio da igualdade constitui assim o factor primordial da construção europeia.

Paralelamente, as manifestações essenciais do princípio da igualdade positivadas pelo legislador comunitário nas directivas são: a definição e fixação das *regras do jogo*, comparação e avaliação objectiva das propostas para efeitos da adjudicação; a instituição da regra geral do procedimento de concurso (público ou limitado) e o carácter excepcional do procedimento por negociação.

O princípio do reconhecimento mútuo ganha particular relevo no âmbito da aplicação das regras e normas técnicas, certificados, diplomas e outros, dado constituírem barreiras técnicas à materialização do mercado único.

Ao passo que, as liberdades de circulação (concretizáveis pela proibição de restrições) representam os elementos essenciais da realização do mercado interno e, em todo caso, constituíram o ponto de partida do movimento de liberalização da contratação pública. Já que, a Comunidade deve facilitar a realização daquele mercado, através da supressão de obstáculos à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais.

Para um estudo mais detalhado sobre o conteúdo de cada um destes princípios e sua aplicação à matéria de contratos públicos *vide* CLÁUDIA VIANA, *Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2007, pp. 95-297.

foi reconhecido que os princípios possuem relevância autónoma face a contratos não abrangidos pelas directivas. De modo que, as questões relacionadas com os contratos e a sua execução estão sob influência dos princípios comunitários, ainda que estas matérias não sejam objecto, total ou parcialmente, de regulação pelas directivas.

Todos estes aspectos vieram a ser positivados nas Directivas n.ºs 2004/18/CE e 2004/17/CE, acolhendo-se assim a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa aos princípios comunitários em sede de contratação pública (*v.g.* 2.º Considerando e artigo 2.º da Directiva n.º 2004/18/CE, 9.º Considerando e artigo 10.º da Directiva n.º 2004/17/CE). Pelo que, actualmente é pouco provável que algum Estado-membro consiga sustentar que o direito comunitário da contratação pública se esgota nas directivas e que os legisladores nacionais podem actuar livremente em relação aos contratos não regulados por aquelas.

É por isso notório que, desta positivação legislativa decorre uma redução assinalável da margem de liberdade dos legisladores nacionais na regulamentação dos contratos públicos.

Neste contexto, torna-se imperioso concluir que para uma interpretação e aplicação apropriada do direito comunitário relativo à contratação pública é indispensável que ela tenha por base os princípios comunitários. Da mesma forma que, é igualmente inegável que o direito comunitário relativo à contratação pública é constituído por princípios e directivas comunitárias, tal como interpretadas pelo Tribunal de Justiça.

Em abono da verdade, deve-se esclarecer que a abertura dos mercados públicos também se ficou a dever, ainda que num plano secundário, às normas relativas à livre concorrência na sua vertente de regulação da contratação pública dirigida aos Estados (mas já não das regras de concorrência dirigidas às empresas privadas, às empresas públicas, às empresas com direitos exclusivos ou que gerem serviços de interesse económico geral ou com carácter de monopólio).

Sublinhe-se que, as normas sobre contratação pública, em virtude de se fundarem na igualdade e nas liberdades de circulação, são dirigidas essencialmente aos Estados-membros e, em particular, aos legisladores nacionais, tendo por isso natureza jurídico-pública.⁴³ Enquanto as regras de concorrência são dirigidas essencialmente às empresas, tendo por isso natureza jurídico-privada. Daí que, o Tribunal de Justiça tem baseado o regime da contratação pública na igualdade e nas liberdades de circulação, e não na concorrência, na perspectiva de conjunto de regras direccionadas essencialmente às empresas. Ao ponto de considerar que, no domínio da contratação pública, a concorrência decorre da concretização dos princípios da igualdade e das liberdades comunitárias,

⁴³ Isto faz com que: a igualdade e as liberdades sejam princípios de vinculação geral e obrigatória; o regime jurídico contido nas directivas baseado nessas regras, possuam similarmente carácter jurídico-público, independentemente da qualificação dos contratos atribuída pelos ordenamentos jurídicos nacionais; e, sendo regras jurídicas dirigidas a poderes públicos, elas têm por finalidade a relação destes com os cidadãos.

enquanto regras que vinculam os Estados-membros no seu relacionamento com os particulares.⁴⁴

4.2- Directivas Comunitárias de 2004

Na evolução do regime comunitário substantivo sobre a contratação pública conseguimos diferenciar várias fases, onde se vislumbra em cada uma delas um crescimento acentuado de regulamentação. Assim, no início, preponderaram as preocupações procedimentais. Numa fase posterior, predominarem as preocupações garantísticas. Para depois, numa fase seguinte, passarem a emergir (de forma directa ou indirecta) influências comunitárias no regime jurídico substantivo dos contratos públicos (sobretudo, a propósito da integração de aspectos sociais e ambientais).

E, tal como sublinha MARIA JOÃO ESTORNINHO, neste desenvolvimento denotou-se *um alargamento progressivo do universo de contratos abrangidos (primeiro fornecimentos e obras, mais tarde prestação de serviços; primeiro apenas contratos dos sectores clássicos, depois também dos sectores excluídos; primeiro apenas entidades adjudicantes públicas, depois também entidades privadas); o constante aprofundamento das regras (primeiro apenas regras substantivas, depois também regras garantísticas; durante muito tempo, apenas regras procedimentais, aos poucos também regras sobre execução dos contratos); o movimento no sentido da progressiva codificação das regras.*⁴⁵

De todo o modo, em cada uma das fases, a influência da jurisprudência comunitária foi determinante, através das suas interpretações teleológicas e funcionais das disposições constantes nas directivas sobre contratação pública, no sentido de garantir o seu *efeito útil*.

Actualmente, as directivas comunitárias sobre contratação pública vigentes são as já citadas:

i) Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31/03/2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.⁴⁶

Esta directiva é vulgarmente denominada de directiva de *sectores clássicos* ou *gerais*.

ii) e Directiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31/03/2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia,

⁴⁴ Neste sentido *vide* Acórdãos *Du Pont de Nemours Italiana*, de 20/03/1990, proferido no processo n.º C-21/88, *Arge*, de 07/12/2000, proferido no processo n.º C-94/99.

⁴⁵ MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 370.

⁴⁶ Tendo em vista responder às exigências de simplificação e modernização formulada, quer pelas entidades adjudicantes quer pelos operadores económicos, no âmbito das reacções ao Livro Verde, adoptado pela Comissão em 27/11/1996, a Directiva n.º 2004/18/CE, procedeu à refundição num só texto das Directivas n.ºs 92/50/CEE, de 18/06/1992 (relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços), 93/36/CEE, de 14/06/1993 (relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento) e 93/37/CEE, de 14/06/1993 (relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas).

dos transportes e dos serviços postais).⁴⁷

Esta directiva é vulgarmente denominada de directiva de *sectores especiais* ou *excluídos*, porquanto haviam ficado de fora numa fase inicial das directivas comunitárias de contratação pública (mormente, das directivas clássicas, compostas pelas Directivas do Conselho n.ºs 71/305/CEE, de 26/07/1971 e 77/62/CEE, de 21/12/1976).

É que se tomou incomportável a exclusão destes sectores da concorrência comunitária, ainda que a sua liberalização exigisse medidas específicas, destinadas a minorar alguns efeitos nefastos que pudessem resultar desta nova conjuntura, mais concretamente para os países e/ou regiões europeias menos desenvolvidas.

Os principais motivos que justificavam a exclusão destes sectores da regulação comunitária existente eram os seguintes: o facto das entidades que operam nestes sectores estarem submetidas umas vezes ao direito público, outras vezes ao direito privado; ao carácter fechado destes mercados, com preponderância das concessões de direitos exclusivos ou especiais, assim como a colocação à disposição ou exploração de redes ou de zonas geográficas para a exploração de alguns serviços; e a influência exercida pelas autoridades nacionais, por via da participação no capital ou representação nos órgãos de administração, gestão ou fiscalização das entidades que exercem a sua actividade nestes sectores.

Na realidade, esta directiva, contém regras procedimentais mais flexíveis do que as das directivas dos sectores gerais, mas também é susceptível de ser aplicável a entidades privadas que operem nos referidos sectores excluídos, uma vez que elas gozam de direitos especiais e exclusivos concedidos pelos Estados-membros.

O tratamento singular, a que estão sujeitos os sectores especiais, justifica-se pelo facto de as respectivas entidades adjudicantes não actuarem no mercado como a generalidade dos operadores económicos.⁴⁸

De acordo com os artigos 71.º e 74.º da Directiva n.º 2004/17/CE e artigos 80.º e 83.º da Directiva n.º 2004/18/CE, estas entraram em vigor no dia da sua publicação – isto é, 30/04/2004. Sendo certo que os Estados-membros deveriam ter procedido à respectiva transposição até 31/01/2006, sob pena de enfrentarem uma acção de responsabilização.

Desta feita, entre 30/04/2004 e 31/01/2006 subsistiu uma obrigação de proceder à

⁴⁷ A Directiva n.º 2004/17/CE veio substituir a Directiva n.º 93/38/CEE, de 14/06/1993.

⁴⁸ Aliás, nos Considerandos da Directiva n.º 2004/17/CE volta-se a justificar a sua existência em virtude de persistirem *diferentes formas pelas quais as autoridades nacionais podem influenciar o comportamento das entidades que operam nestes sectores através, nomeadamente, de participações no seu capital ou de uma representação nos respectivos órgãos de administração, de gestão ou de fiscalização* (cfr. 2.º Considerando desta directiva), mas também pela *natureza fechada dos mercados em que operam, devido à concessão, pelos Estados-membros, de direitos especiais ou exclusivos de fornecimento, a abertura ou a exploração de redes de prestação de serviços em questão* (cfr. 3.º Considerando desta directiva).

interpretação conforme, não tendo podido os Estados-membros, durante esse prazo de transposição, adoptar medidas susceptíveis de comprometer seriamente o resultado estipulado nessas directivas, recaindo igualmente sobre eles o dever de atender às disposições das directivas quando estas fizessem apelo aos princípios gerais de direito vulgarmente aceites pelos Estados-membros. A partir de 31/01/2006, e em relação aos Estados-membros que não cumpriram a transposição das referidas directivas (como foi o caso de Portugal), passou a ser possível invocar o *efeito directo*, bem como a responsabilização desses Estados por incumprimento do direito comunitário.⁴⁹

⁴⁹ De acordo com o artigo 288.º do *TFUE* a directiva é um acto normativo que vincula o Estado-membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios adequados ao cumprimento do resultado.

Por outras palavras, a directiva constitui um instrumento de actuação indirecta, que tem por fim essencialmente a aproximação das legislações nacionais e que permite ter em conta as especificidades nacionais, já que os Estados-membros possuem uma determinada margem de liberdade na implementação das regras comunitárias adoptadas, podendo escolher a forma e os meios que entendam como os mais adequados para cumprirem o resultado imposto pela directiva.

E dado a directiva carecer de um acto de transposição para os ordenamentos nacionais por cada um dos Estados-membros, se diz que a directiva não é directamente aplicável.

Porém, muitas vezes os Estados-membros não transpõem a directiva dentro do prazo previamente acordado ou, então, efectuem-na de forma indevida. Desta feita, para colmatar os malefícios que as situações de incumprimento acarretam e garantir o *efeito útil* do Direito Comunitário, o Tribunal de Justiça estabeleceu a tese do *efeito directo vertical* das directivas. Esta tese obsta assim que os Estados-membros beneficiem do seu próprio incumprimento, coibindo os particulares de gozarem dos direitos que uma certa directiva lhes concede. Porquanto, nos termos da tese do *efeito directo* das directivas, *um Estado-membro que não haja cumprido, dentro do prazo, as medidas de execução impostas pela directiva, não poderá opor aos particulares o não cumprimento, por sua culpa, das obrigações que ela comporta*. Um entendimento em sentido contrário, poderia pôr em causa o próprio *efeito útil* do Direito Comunitário, além de ser incompatível com o efeito obrigatório que o artigo 288.º do *TFUE* reconhece às directivas (cfr. Acórdãos *Ratti*, de 05/04/1979, proferido no processo n.º 148/78, *Becker*, de 19/01/1982, proferido no processo n.º 8/81, e *Van Duyn*, de 04/12/1974, proferido no processo n.º 41/74). Contudo, o Tribunal de Justiça determinou ainda que para as disposições de uma directiva poderem ter *efeito directo*, é imprescindível que delas decorra a imposição de uma obrigação incondicional e suficientemente precisa em proveito dos particulares, a qual tem de ser analisada casuisticamente.

Em todo o caso, uma disposição comunitária será *suficientemente precisa para ser invocada por um particular e aplicada pelo órgão jurisdicional quando enuncia uma obrigação em termos inequívocos e será incondicional quando enuncia uma obrigação que não está sujeita a nenhuma condição, nem depende, quanto ao seu cumprimento ou aos seus efeitos, da intervenção de qualquer acto das instituições da Comunidade ou dos Estados-membros* (cfr. Acórdão *Lombardia*, de 23/02/1994, proferido no processo n.º C-236/92).

Aliás, na esteira da jurisprudência comunitária consolidada, o respeito pelo *efeito directo* dos princípios comunitários, bem como a interpretação ampla e funcional do conceito de Estado propugnado pelo Tribunal de Justiça, abre a porta aos particulares para poderem alegar as disposições das directivas não só perante tribunais, como também perante todas as entidades administrativas (cfr. Acórdão *Ciola*, de 29/04/1999, proferido no processo n.º C-224/97).

Como se pode ver, o reconhecimento do efeito directo representa sobretudo uma construção jurisprudencial do Tribunal de Justiça, tendo por fim garantir o efeito útil do ordenamento jurídico comunitário e, em última instância, a realização absoluta dos objectivos e fins comunitários.

Finalmente, importa evidenciar que desde 1963 (aquando da emanção do Acórdão *Van Gend & Loos*, de 05/02/1963, proferido no processo n.º 26/62), o Tribunal de Justiça vem reconhecendo que as disposições de direito comunitário originário e, consequentemente, os princípios comunitários usufruem de efeito directo e atribuem direitos individuais que os órgãos jurisdicionais nacionais devem tutelar. Alegando-se para tal o princípio *stoppel* (de acordo com o qual os Estados estão vinculados pelas obrigações inseridas no Tratado, a

4.3- Âmbito da Aplicação das Directivas

Para se circunscrever o domínio do direito europeu dos contratos públicos, urge determinar dois aspectos, nomeadamente: divisar, na perspectiva objectiva, que tipo de contratos se trata e, na perspectiva subjectiva, quem os pode celebrar.

Quanto ao âmbito material de aplicação das directivas de 2004, ele tem vindo a ser definido tendo em atenção dois aspectos: a natureza dos contratos e as quantias neles envolvidas.

4.4- Âmbito Objectivo da Aplicação da Directiva dos Sectores Clássicos ou Gerais

De acordo com o seu artigo 1.º n.º 2 al. a) da Directiva n.º 2004/18/CE, o campo de aplicação material da directiva dos *sectores gerais* abrange: os contratos públicos de fornecimentos; os contratos de empreitadas de obras públicas; os contratos de concessão de obras públicas; e os contratos públicos de serviços.

Vejamos o alcance de cada um destes contratos:

a) os contratos públicos de fornecimentos são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um fornecedor (pessoa singular ou colectiva) e uma das entidades adjudicantes, que não constituam contratos de empreitadas de obras públicas, que *têm por objecto a compra, a locação financeira, a locação ou a locação-venda, com ou sem opção de compra, de produtos/mercadorias* (cfr. artigo 1.º n.º 2 al. c) da Directiva n.º 2004/18/CE).

Como se pode constatar, trata-se de uma definição ampla de contrato de fornecimento que permite a inserção dos contratos de *fornecimento de produtos que não se tornam necessariamente propriedade da administração pública e cuja contrapartida é fixada em abstracto* (neste sentido *vide*, entre outros Acórdão *Lottomatica*, de 26/04/1999, proferido no processo n.º C-272/91).

b) os contratos de empreitada de obras públicas são contratos públicos a título oneroso,

cujo respeito se comprometeram), bem como o mecanismo de reenvio prejudicial, que ficaria privado de efeito útil caso se negasse o efeito directo do direito comunitário.

Desta forma, os princípios têm aplicação directa, independentemente da transposição ou transposição correcta das directivas comunitárias ou, ainda, da conformidade da legislação nacional.

E, contrariamente ao que se verifica com as directivas, os particulares podem invocar o efeito directo dos princípios constantes no Tratado quer nas suas relações jurídicas com um Estado-membro (efeito directo vertical), quer nas suas relações jurídicas com outros particulares (efeito directo horizontal) – cfr. Acórdãos *Van Gend & Loos*, de 05/02/1963, proferido no processo n.º 26/62, *Lütticke*, de 16/06/1996, proferido no processo n.º 57/65, *Salgoil*, de 19/12/1968, proferido no processo n.º 13/68, *Bosman*, de 15/12/1995, proferido no processo n.º C-415/93, e *Walrave e Koch*, de 12/12/1974, proferido no processo n.º 36/74).

Por outro lado, a interpretação das normas nacionais deve ser feita igualmente em conformidade com os princípios comunitários. Do mesmo modo que, o Tribunal de Justiça tem de se socorrer desses princípios para interpretar as directivas (*v.g.* 2.º Considerando da Directiva n.º 2004/18/CE e 9.º Considerando da Directiva n.º 2004/17/CE).

celebrados por escrito entre um empreiteiro (pessoa singular ou colectiva) e uma das entidades adjudicantes, *que têm por objecto quer a execução, quer conjuntamente a concepção e a execução, quer ainda a realização, por qualquer meio, de trabalhos relacionados com uma das actividades na aceção do anexo I ou de uma obra que satisfaça as necessidades especificadas pela entidade adjudicante. Ao passo que, por «obra» entende-se o resultado de um conjunto de trabalhos de construção ou de engenharia civil destinado a desempenhar, por si só, uma função económica ou técnica* (cfr. artigo 1.º n.º 2 al. c) da Directiva n.º 2004/18/CE).

Também aqui se adoptou um conceito amplo de contrato de empreitada de obras públicas, susceptível de abarcar os contratos de urbanização, como entendeu a jurisprudência comunitária (neste sentido *vide* Acórdão *Scala*, de 12/07/2001, proferido no processo n.º C-399/98).

Por outro lado, a expressão *obras públicas* não tem subjacente qualquer qualificação jurídica, nem dela se pode inferir qualquer conclusão sobre a titularidade pública dos imóveis sobre que incidem as obras, objecto do contrato.

E ainda que, regra geral, os contratos de empreitada de obras públicas sejam o modo comum de empreender obras públicas sobre um bem de propriedade e/ou afectação pública, há casos em que isso não sucede.

Acontece que, o legislador comunitário fez sujeitar, total ou parcialmente, os contratos financiados com dinheiros públicos e os contratos celebrados pelos concessionários de obras públicas ao regime substantivo da Directiva n.º 2004/18/CE (*v.g.* artigos 8.º e 63.º deste diploma). Porém, no que concerne aos contratos de empreitada de obras públicas celebrados por concessionários, (que não sejam entidades adjudicantes) com terceiros, cujo valor seja igual ou superior a € 5.150.000, eles apenas têm de observar as disposições respeitantes às regras de publicidade estabelecidas no artigo 64.º daquela directiva. Aqui, à semelhança do que ocorre no procedimento de formação dos contratos de concessão, não há uma aplicação integral da directiva em referência.

Acresce que, o carácter oneroso do contrato de empreitada não impõe forçosamente a fixação de um preço. Apenas é necessária a existência de uma contrapartida passível de avaliação económica. Ora, isto permite que o pagamento possa ser feito em forma de cedência de terrenos ou de imóveis por parte da entidade adjudicante.^{50/51}

c) os contratos de concessão de obras públicas são contratos com as mesmas características que um

⁵⁰ Neste sentido *vide* Acórdão *Scala*, de 12/07/2001, proferido no processo n.º C-399/98 e COMISSÃO, *Guia das regras relativas aos processos de adjudicação dos contratos públicos de obras*, p. 12, disponível em www.simap.europa.eu).

⁵¹ E tal como se dispõe no 9.º Considerando da Directiva dos *Sectores Gerais*, *dada a diversidade dos contratos de empreitada de obras públicas, as entidades adjudicantes devem poder prever tanto a adjudicação separada como a adjudicação conjunta de contratos para a concepção e a execução das obras. A presente directiva não tem por objectivo prescrever uma adjudicação separada ou conjunta. A decisão relativa a uma adjudicação separada ou conjunta deve basear-se em critérios qualitativos e económicos que poderão ser definidos pelas legislações nacionais.*

contrato de empreitada de obras públicas, com excepção de que a contrapartida das obras a efectuar consiste quer unicamente no direito de exploração da obra, quer nesse direito acompanhado de um pagamento (cfr. artigo 1.º n.º 3 da Directiva n.º 2004/18/CE).

Simplemente, a distinção entre contrato de empreitada e contrato de concessão de obras públicas não se mostra uma tarefa muito simples, dada a panóplia tão vasta de modalidades de financiamento a que hoje em dia os Estados-membros recorrem. Veja-se as situações onde o Estado suporta parcialmente o custo de exploração da concessão com vista a reduzir o preço a pagar pelo utilizador (é o caso das chamadas SCUT)⁵², ou quando ele suporta parte dos riscos resultantes de alterações por motivos de protecção ambiental ou razões técnicas ou de natureza fiscal, no período da execução do contrato.

Seja como for, a participação do Estado nos custos do contrato não pode pôr em causa a existência de um risco económico a suportar pelo concessionário, inerente à execução do contrato, o qual se afigura como o elemento distintivo principal do contrato.⁵³

Colocam igualmente alguns problemas os casos em que a concessão de obras envolva a prestação de um serviço ou em que a concessão de serviço envolva a realização de obras, pois, como já foi dito, as concessões de serviços públicos ainda não se encontram sujeitas ao direito comunitário em matéria de contratação pública (sem prejuízo da sua submissão aos princípios e regras fundamentais comunitárias, tal como foi declarado pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *Telaustria*). De forma que, nestes casos a definição do regime aplicável é feita através das regras que vigoram para os contratos mistos (nomeadamente as constantes nos §§ 2 e 3 do artigo 1.º n.º 2 alíneas c) e d) da Directiva n.º 2004/18/CE). Sendo, por isso, necessário apurar qual é o objecto principal do contrato e qual é a prestação acessória. Nestes termos, se o contrato incidir a título principal sobre a construção de uma obra, estamos perante uma concessão de obra; se o contrato implicar a realização de obras a título acessório, ou incidir unicamente na exploração da obra já existente, então estamos perante uma concessão de serviços.⁵⁴

⁵² Sobre esta temática *vide* MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 370, JOÃO CAUPERS, *Empreitadas e concessões de obras públicas: fuga para o direito comunitário?*, Separata do Volume Especial 2005 de Direito e Justiça, pp.89 e segs.

⁵³ Neste sentido *vide*, entre outros, RUIZ OJEDA, ALBERTO / MARCPU, GÉRARD / GOH, JEFFREY - *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos. Francia, Reino Unido y España (Elementos comparativos para um debate)*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 256-258.

⁵⁴ Importa ainda notar que, no caso de se tratar de um contrato de concessão de obras, onde são também celebrados contratos de concessão de serviços para actividades complementares, mas independentes da exploração da obra, eles devem seguir o regime correspondente a cada um deles, desde que os objectos do contrato sejam desagregáveis. Se tal não for possível, então seguir-se-á o regime que corresponder ao objecto principal.

Em relação a esta espécie de contratos vigora uma aplicação diferenciada da Directiva n.º 2004/18/CE, em função da natureza jurídica do concessionário. Assim, a directiva em apreço é integralmente aplicável se o concessionário for uma entidade adjudicante nos termos do seu artigo 1.º n.º 9 (cfr. artigo 62.º da Directiva

d) os contratos públicos de serviços são delineados de forma negativa, já que o artigo 1.º n.º 2 al. d) da Directiva n.º 2004/18/CE define-os como sendo *contratos públicos que não sejam contratos de empreitada de obras públicas ou contratos públicos de fornecimento, relativos à prestação de serviços mencionados no anexo II* daquela directiva.

Em relação a esta espécie de contratos vigora uma aplicação diferenciada da Directiva n.º 2004/18/CE, em função do tipo de serviço objecto do contrato. Assim, a directiva em apreço é integralmente aplicável aos contratos públicos cujo objecto sejam os serviços constantes do Anexo II A (isto é, serviços tidos como prioritários). Enquanto os contratos públicos cujo objecto sejam os serviços constantes do Anexo II B (isto é, serviços tidos como não prioritários ou residuais) apenas estão sujeitos ao cumprimento das regras referentes às especificações técnicas e ao anúncio de resultado (cfr. 19.º Considerando e artigos 20.º, 21.º, 23.º e 35.º n.º 4 § 4 da Directiva n.º 2004/18/CE)⁵⁵.

Se o contrato em causa tiver como objecto serviços abrangidos nos dois anexos, o mesmo deverá submeter-se ao regime que corresponder aos serviços de valor mais elevado (cfr. artigo 22.º da Directiva n.º 2004/18/CE).⁵⁶

n.º 2004/18/CE). Ao passo que, se o concessionário não for uma entidade adjudicante, o respectivo contrato apenas está sujeito ao cumprimento das disposições referentes à publicidade (que pode ser dispensada nos casos que justificam o recurso ao procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso, nos termos do artigo 31.º) e ao prazo de apresentação de candidaturas, salvo se se tratar de empresas que se tenham agrupado para obter a concessão, ou empresas associadas (cfr. artigos 63.º a 65.º da Directiva n.º 2004/18/CE).

Todavia, de acordo com o seu artigo 61.º, a Directiva n.º 2004/18/CE *não se aplica às obras complementares que não estejam previstas no projecto inicial da concessão nem no contrato inicial mas que, na sequência de uma circunstância imprevista, se tornem necessárias para a execução da obra tal como se encontra descrita no contrato, e que a entidade adjudicante atribua ao concessionário, desde que a adjudicação seja feita ao operador económico que executa esta obra e desde que o montante acumulado dos contratos adjudicados para as obras complementares não ultrapasse 50% do montante da obra inicial que foi objecto da concessão.*

Registe-se por último, que por força do princípio de transparência, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça, a Directiva dos *Sectores Gerais* deveria ter sujeitado os contratos celebrados por concessionários que não sejam entidades adjudicantes às regras relativas à comunicação aos participantes das decisões tomadas pela entidade adjudicante, e em particular, da decisão de adjudicação, assim como à obrigatoriedade de elaboração do relatório do procedimento (constantes nos artigos 41.º e 43.º da Directiva n.º 2004/18/CE).

⁵⁵ E, não obstante, no 19.º Considerando da Directiva n.º 2004/18/CE se estatuir que *no que diz respeito aos contratos públicos de serviços, a aplicação integral da presente directiva deve limitar-se, por um período transitório, aos contratos em relação aos quais as disposições da directiva permitam a plena concretização do potencial de crescimento do comércio transfronteiras.* A verdade é que, até ao momento tal revisão ainda não teve lugar, o que, por si só, denota a incapacidade das autoridades comunitárias na prossecução da política estabelecida para a contratação pública no domínio dos serviços, bem como dos problemas que subsistem no que concerne à plena concretização do mercado interno.

⁵⁶ Outra especificidade dos contratos de serviços prende-se com o *concurso para trabalhos de concepção*, especialmente destinado à adjudicação de determinados serviços. Este procedimento concursal, cujo regime encontra-se estabelecido nos artigos 66.º a 74.º da Directiva n.º 2004/18/CE, *permite à entidade adjudicante adquirir, principalmente nos domínios do ordenamento do território, do planeamento urbano, da arquitectura e da engenharia civil, ou do processamento de dados, um plano ou um projecto seleccionado por um júri de concurso, com ou sem atribuição de prémios* (cfr. artigo 1.º n.º 11 al. e) da Directiva n.º 2004/18/CE).

Do ponto de vista dos limiares comunitários, a Directiva dos *sectores gerais* aplica-se aos contratos de empreitada de obras públicas, contratos públicos de fornecimento e contratos públicos de serviços cujo valor estimado, sem IVA e no momento da publicação do anúncio, seja igual ou superior aos limiares fixados pelos artigos 7.º, 8.º e 63.º da Directiva n.º 2004/18/CE (com a redacção que lhes foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1422/2007, da Comissão, de 4/12/2007).⁵⁷

Estão excluídos do âmbito de aplicação da Directiva dos *Sectores Gerais* os seguintes contratos públicos: *i)* os contratos públicos abrangidos pela Directiva relativa aos *Sectores Especiais* e os contratos adjudicados no intuito de abrir ou explorar redes públicas de telecomunicações (cfr.

⁵⁷ Ou seja: *i)* € 133.000 para os contratos públicos de fornecimento e de serviços adjudicados por autoridades governamentais centrais (ministérios ou estabelecimentos públicos nacionais); *ii)* € 206.000 para os contratos públicos de fornecimento e de serviços: adjudicados por entidades adjudicantes que não sejam autoridades governamentais; que tenham por objecto determinados produtos do sector da defesa e sejam adjudicados por autoridades governamentais centrais; que tenham por objecto determinados serviços de investigação e desenvolvimento (IDT), de telecomunicações, de hotelaria, de transportes ferroviários e de navegação, de disponibilização de recursos humanos, de formação profissional, de investigação e segurança, determinados serviços jurídicos, sociais e sanitários, recreativos, culturais e desportivos; *iii)* € 5.150.000 para os contratos de empreitada de obras públicas; *iv)* € 5.150.000 para os contratos subsidiados directamente em mais de 50% pelas entidades adjudicantes quando esses contratos: digam respeito às actividades de engenharia civil na acepção do anexo I; incidam em obras de construção de hospitais, de instalações desportivas, recreativas e de ocupação de tempos livres, de estabelecimentos de ensino e de edifícios para uso administrativo; *v)* € 206.000 para os contratos de serviços subsidiados directamente em mais de 50% pelas entidades adjudicantes e cujo valor estimado, sem IVA, seja igual ou superior a € 206.000, quando esses contratos estejam em ligação com um contrato de empreitada de obras na acepção do ponto anterior; *vi)* € 5.150.000 para os contratos de empreitada de obras celebrados entre concessionários de obras públicas que não sejam entidades adjudicantes e terceiros.

Encontram-se enunciados no artigo 9.º da Directiva n.º 2004/18/CE os vários métodos para determinar o valor estimado em função do tipo de contrato.

Contudo, no caso de se tratar de um acordo quadro ou um sistema de aquisição dinâmico, o respectivo valor resulta da soma dos vários contratos, no período de vigência do acordo quadro ou do sistema de aquisição dinâmico, por forma a evitar-se que o recurso a estas figuras tenha por finalidade falsear ou restringir a concorrência.

Houve igualmente grandes preocupações em torno da questão do fraccionamento fraudulento do objecto dos contratos públicos, tendo por finalidade a fuga à aplicação do regime jurídico comunitário em matéria de contratação pública. Desta feita, determinou-se que: *i)* nenhum projecto de obra ou de aquisição de uma determinada quantidade de fornecimentos e/ou de serviços pode ser cindido para ser subtraído à aplicação da presente directiva (cfr. artigo 9.º n.º 3 da Directiva n.º 2004/18/CE e, no mesmo sentido, artigo 17.º n.º 2 da Directiva n.º 2004/17/CE); *ii)* o método de cálculo do valor estimado de um contrato público não pode ser escolhido com o intuito de o excluir do âmbito da presente directiva (cfr. artigo 9.º n.º 7 § 2 Directiva n.º 2004/18/CE e, no mesmo sentido, artigo 17.º n.º 2 da Directiva n.º 2004/17/CE); *iii)* da leitura do disposto no artigo 9.º n.º 5 da Directiva n.º 2004/18/CE e do artigo 17.º n.º 6 da Directiva n.º 2004/17/CE, podemos retirar que a regra geral nesta matéria é a de que sendo possível a divisão de um serviço, fornecimento ou obra em diversos lotes, o valor de cada lote tem de ser tido em conta para efeitos de apuramento do limiar comunitário, admitindo-se, todavia, a sua derrogação em relação a lotes de certo valor que não ultrapassem uma determinada percentagem do valor cumulativo dos lotes.

De dois em dois anos, a Comissão procede à verificação dos limiares. O cálculo do seu valor baseia-se no valor médio diário do euro, expresso em direitos de saque especiais. Esta média é calculada durante um período de 24 meses que termina no último dia do mês de Agosto anterior à revisão que produzirá efeitos em 1 de Janeiro (cfr. artigo 78.º da Directiva n.º 2004/18/CE e artigo 69.º da Directiva n.º 2004/17/CE).

artigos 12.º e 13.º); *ii*) os contratos públicos declarados secretos ou cuja execução deva ser acompanhada de medidas especiais de segurança ou quando esteja em causa a protecção dos interesses essenciais de um Estado (cfr. artigo 14.º); *iii*) os contratos públicos adjudicados ao abrigo de regras internacionais (cfr. artigo 15.º); *iv*) os contratos públicos relativos aos serviços seguintes: aquisição ou locação de edifícios existentes; aquisição, desenvolvimento, produção ou co-produção de programas destinados a emissão por parte de organismos de radiodifusão; serviços de arbitragem e de conciliação; serviços financeiros relativos à compra, venda ou transferência de instrumentos financeiros; serviços fornecidos pelos bancos centrais; contratos de trabalho; serviços de investigação e desenvolvimento que não pertençam exclusivamente à entidade adjudicante ou que não sejam inteiramente financiados pela referida entidade (cfr. artigo 16.º); *v*) os contratos públicos de serviços adjudicados com base num direito exclusivo (cfr. artigo 18.º); *vi*) os contratos de concessões de serviços públicos em geral (cfr. artigo 17.º).

4.5- Âmbito Objectivo da Aplicação da Directiva dos *Sectores Especiais* ou *Excluídos*

De acordo com os seus artigos 1.º n.º 2, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º e 7.º da Directiva n.º 2004/17/CE, o campo de aplicação material da Directiva dos *Sectores Especiais* abrange todos os contratos de serviços, empreitada de obras públicas e fornecimentos celebrados pelas entidades que operam nos sectores da água, energia, transportes e serviços postais.

Também nos *sectores especiais* os contratos de serviços estão sujeitos a uma aplicação diferenciada, na medida em que os contratos que tenham por objecto serviços constantes do Anexo XVII B só estão submetidos às regras relativas às especificações técnicas e à obrigação de informação à Comissão (cfr. 17.º Considerando e artigos 31.º a 33.º da Directiva n.º 2004/17/CE).

E quando um contrato envolva diversas actividades, o regime aplicável será o correspondente à actividade principal a que se destina o contrato (cfr. 29.º Considerando e artigo 9.º da Directiva n.º 2004/17/CE).

Hoje em dia, em virtude da abertura à concorrência do sector das telecomunicações, este já não se encontra integrado, como anteriormente se verificava, no âmbito de aplicação da Directiva dos *Sectores Especiais* (cfr. 5.º Considerando da Directiva n.º 2004/17/CE). E uma vez que o artigo 13.º da Directiva dos *Sectores Clássicos* também os exclui do seu domínio, os contratos que tenham por objecto a abertura ou exploração de redes públicas de telecomunicações, ou a prestação ao público de um ou mais serviços de telecomunicações não se encontram agora submetidos a qualquer regime substantivo comunitário específico da contratação pública. Ao passo que, os contratos referentes a serviços de telefonia vocal, telex, rádio-mensagens e telecomunicações por

satélite não usufruem dessa exclusão, estando submetidos às regras da Directiva 2004/17/CE (cfr. 8.º Considerando deste diploma).

Quanto ao sector dos serviços postais, recentemente incluído nos sectores especiais, perfilha-se uma definição ampla do seu conceito, por forma a abranger quer os serviços postais reservados, quer outros serviços postais quer, ainda, outros serviços que não estritamente postais mas que sejam fornecidos por uma entidade que também se dedica aos serviços postais (caso de serviços financeiros ou da área da filatelia, entre outros) - cfr. 28.º Considerando e artigo 6.º da Directiva n.º 2004/17/CE. Tudo isto implicou sujeitar às regras da Directiva dos *Sectores Especiais* e excluir do âmbito da Directiva dos *Sectores Gerais* o conjunto de todas estas actividades, quando sejam desempenhadas por entidades adjudicadoras.

Do ponto de vista dos limiares comunitários, a Directiva dos *Sectores Especiais* aplica-se aos contratos públicos cujo valor estimado, sem IVA e no momento da publicação do anúncio, seja igual ou superior aos limiares fixados no artigo 16.º (com a redacção que lhes foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1422/2007, da Comissão, de 4/12/2007).⁵⁸

Estão excluídos do âmbito de aplicação da Directiva dos *Sectores Especiais* os seguintes contratos públicos: *i)* as concessões de obras ou de serviços adjudicadas por entidades adjudicantes que exerçam uma ou várias das actividades referidas nos artigos 3.º a 7.º, sempre que tais concessões sejam adjudicadas para o exercício dessas actividades (cfr. artigo 18.º); *ii)* contratos celebrados para efeitos de revenda ou locação a terceiros (cfr. artigo 19.º); *iii)* contratos celebrados com fins que não correspondam à prossecução de uma actividade abrangida ou à prossecução em países terceiros de uma actividade abrangida (cfr. artigo 20.º); *iv)* contratos secretos ou que exigem medidas de segurança especiais (cfr. artigo 21.º); *v)* contratos adjudicados ao abrigo de regras internacionais (cfr. artigo 22.º); *vi)* contratos adjudicados a uma empresa associada, a uma empresa comum ou a uma entidade adjudicante que integre uma empresa comum, nos termos enunciados no artigo 23.º da Directiva;⁵⁹ *vii)* os contratos públicos relativos aos serviços seguintes: à aquisição

⁵⁸ Ou seja: *i)* € 412.000 para os contratos de fornecimento e de serviços; *ii)* € 5.150.000 para os contratos de empreitada de obras.

Também aqui no caso de se tratar de um acordo quadro ou um sistema de aquisição dinâmico, o respectivo valor resulta da soma dos vários contratos, no período de vigência do acordo quadro ou do sistema de aquisição dinâmico.

Da leitura do artigo 17.º da Directiva n.º 2004/17/CE conclui-se que, os métodos de cálculo para determinar o valor estimado estão alinhados com os da Directiva n.º 2004/18/CE.

⁵⁹ Pois, tal como se alude no 32.º Considerando da Directiva n.º 2004/17/CE, *é conveniente excluir certos contratos de serviços, fornecimentos e obras adjudicados a uma empresa associada cuja actividade principal consista em prestar esses serviços, fornecimentos ou realizar obras ao grupo a que pertence e não em comercializá-los no mercado. É ainda conveniente excluir determinados contratos de serviços, fornecimentos e obras adjudicados por uma entidade adjudicante a uma empresa comum constituída por diversas entidades adjudicantes para efeitos da prossecução das actividades abrangidas pela presente directiva e de que aquela faça parte. No entanto, é necessário evitar que tal exclusão provoque distorções de concorrência que venham a beneficiar as empresas ou as empresas comuns que estejam associadas com as entidades adjudicantes.*

ou locação, sejam quais forem as respectivas modalidades financeiras, de terrenos, edifícios existentes ou outros bens imóveis, ou a direitos sobre esses bens; serviços de arbitragem e de conciliação; serviços financeiros relativos à emissão, compra, venda ou transferência de títulos ou outros instrumentos financeiros, em especial a operações de obtenção de fundos ou de capital pelas entidades adjudicantes; contratos de trabalho; serviços de investigação e desenvolvimento, com excepção daqueles cujos resultados se destinem exclusivamente à entidade adjudicante para utilização no exercício da sua própria actividade, desde que a prestação do serviço seja inteiramente remunerada pela referida entidade adjudicante (cfr. artigo 24.º); *viii*) os contratos públicos de serviços adjudicados com base num direito exclusivo (cfr. artigo 25.º); *ix*) contratos adjudicados por certas entidades adjudicantes para aquisição de água e para fornecimento de energia ou de combustíveis destinados à produção de energia enunciados no artigo 26.º da Directiva.

Por outro lado, importa ainda ter em atenção o mecanismo consagrado no artigo 30.º, segundo o qual, a pedido de um Estado-membro e mediante pronúncia da Comissão, os contratos relativos a actividades sujeitas à Directiva dos *Sectores Especiais* podem deixar de estar abrangidos pela mesma, se no referido Estado-membro tal actividade for directamente aberta à concorrência em mercados de acesso não limitado.

Desta forma, quando um contrato não esteja incluído no âmbito de aplicação da Directiva dos *Sectores Especiais*, aplica-se o regime correspondente da Directiva dos *Sectores Gerais*, salvo exclusão expressa desta última.⁶⁰

4.6- Âmbito Objectivo da Aplicação do CCP à Luz das Directivas Comunitárias de Contratação Pública

De acordo com o artigo 1.º n.º 2 al. a) da Directiva n.º 2004/18/CEE, *contratos públicos são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, que têm por objecto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços na aceção da presente directiva.*

Como se pode ver, foi consagrado assim, no domínio do direito comunitário, uma noção de contrato público independente da natureza jurídica das partes, o que significa que podem existir contratos públicos celebrados quer por entidades públicas quer por entidades privadas.

É conveniente prever um conjunto de regras adequado, nomeadamente no que se refere aos limites máximos dentro dos quais as empresas podem obter parte do seu rendimento do mercado e acima dos quais percam a possibilidade de beneficiar de contratos sem a abertura de concursos, à composição de empresas comuns e à estabilidade das relações entre essas empresas comuns e as entidades adjudicantes que as compõem.

⁶⁰ Neste sentido vide Acórdão Comissão/Portugal, de 11/07/1991, proferido no processo n.º C-247/89.

Paralelamente, e pese embora as directivas digam apenas respeito a determinados contratos (obras, fornecimentos e prestação de serviços), isso não obsta a que a noção comunitária de contrato público seja mais ampla, abrangendo outros contratos para além daqueles que são objecto das directivas.

Já no ordenamento nacional são contratos públicos *todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no presente Código* (cfr. artigo 1.º n.º 2 do CCP).

Torna-se assim notório que, o ordenamento nacional perfilhou uma concepção de contrato público em termos semelhantes à vigente no âmbito do direito comunitário, descolando-se da concepção defendida pela doutrina tradicional. Recorde-se que, esta parte da doutrina se baseava na natureza orgânica das partes contraentes para qualificar um contrato como de direito público ou de direito privado.

E tal como é constatado por JOÃO CAUPERS, *agora apenas interessa apurar se aquilo que se faz – e já não aquilo que se é – pode ser tido por “público”, entendendo-se esse termo essencialmente no sentido de vinculado à ideia de “autoridade” associada ao Estado*.⁶¹

Na verdade, o incremento da regulamentação comunitária em matéria de contratação pública veio enfraquecer (sem contudo, derrogar) quer com a concepção, típica dos sistemas de inspiração francesa, de autonomia substantiva de alguns contratos da Administração Pública (em comparação com os demais contratos da Administração e em comparação com os contratos celebrados por particulares), quer com os critérios tradicionais de repartição de competência jurisdicional neste domínio.

De facto, as regras procedimentais das directivas comunitárias aplicam-se tanto a contratos administrativos de inspiração francesa, como a contratos de direito privado da Administração Pública e tanto a entidades administrativas tradicionais, como a entidades públicas sob formas privadas. Fazendo com que, nos sistemas de inspiração francesa, a figura do contrato administrativo comece a perder intensidade, enquanto contrato da Administração Pública sujeito a regime jurídico *exorbitante* face aos contratos celebrados entre particulares e face aos contratos de direito privado da Administração Pública. Acentuando-se cada vez mais a uniformização dos regimes jurídicos dos diversos contratos públicos.

Outro factor que contribui para esta uniformização, é o fenómeno que temos vindo a assistir de dissociação entre a noção de contrato público e a natureza jurídico-pública (directa ou indirecta) da entidade contratante.

⁶¹ JOÃO CAUPERS, *Âmbito de aplicação subjectiva do Código dos Contratos Públicos*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 64, CEJUR, Julho/Agosto 2007, p. 9.

Veja-se ainda o caso da Directiva dos *Sectores Excluídos* (Directiva n.º 2004/17/CE), cujo âmbito de aplicação se estende não só a entidades públicas, como também a entidades privadas que operem nos mencionados sectores excluídos.

A circunstância dos princípios comunitários vertidos no Tratado deverem ser observados, independentemente do contrato em causa constar ou não do âmbito objectivo de aplicação das directivas substantivas da contratação pública, tem também contribuído para o movimento de uniformização do regime jurídico aplicável aos contratos públicos. Já que se alarga drasticamente o domínio de influência da legislação comunitária.

Ao nível dos aspectos de garantia da aplicação das normas que regulam os procedimentos de formação dos contratos públicos, a adopção das denominadas *Directivas-Recursos*⁶² procedeu a uma harmonização das regras e procedimentos destinados a reforçar a protecção jurisdicional dos concorrentes lesados por uma violação do direito comunitário referente aos contratos públicos. Sendo certo que, o conteúdo daquelas directivas se dirige tanto a contratos celebrados por entidades públicas como a contratos celebrados por entidades privadas e, por outro lado, tanto a contratos habitualmente qualificados de contratos administrativos como a contratos de direito privado da Administração Pública.

Assiste-se, assim, aos poucos à mitigação da dualidade clássica, em ordenamentos jurídicos de inspiração francesa (como o português), entre contratos administrativos submetidos a regimes substantivos de direito público e ao contencioso administrativo Vs contratos de direito privado da Administração submetidos a regimes substantivos de direito privado e à jurisdição comum.

Acresce que actualmente, o contencioso administrativo português abarca contratos classificados como administrativos, como também contratos ditos de direito privado da Administração Pública. Estando consagrada a uniformização da competência jurisdicional em matéria de contratos celebrados por entidades públicas.

Não obstante toda esta factualidade, a verdade é que o artigo 1.º do CCP continua a manter a distinção entre contratos públicos e contratos administrativos. Encontrando-se bem patenteado que todos os contratos celebrados por entidades adjudicantes são públicos, mesmo que não sejam administrativos.

⁶² As *Directivas-Recursos* são compostas pela Directiva n.º 89/665/CEE, do Conselho, de 21/12/1989 (sobre coordenação das disposições legais, regulamentares e administrativas referentes à aplicação dos procedimentos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos públicos de fornecimentos e de obras) e pela Directiva n.º 92/13/CEE, do Conselho, de 25/02/1992 (sobre coordenação das disposições legais, regulamentares e administrativas referentes à aplicação das normas comunitárias nos procedimentos de celebração de contratos das entidades que operem nos sectores da água, energia, transportes e telecomunicações).

Ora, tradicionalmente, o contrato público sempre foi entendido como uma categoria contratual genérica de que os contratos administrativos seriam uma espécie. É que, de acordo com esta concepção, os contratos administrativos são aqueles que estão sujeitos a um regime jurídico de direito administrativo.⁶³ Enquanto os contratos públicos agregam, não só os contratos administrativos, como também os contratos constitucionais, os tratados e convenções internacionais, os contratos fiscais e os contratos financeiros. Logo, todos os contratos administrativos são contratos públicos; embora os contratos públicos não se limitam a ter por objecto uma relação jurídica de direito administrativo em sentido funcional.

Pelo que, na doutrina nacional encontramos duas posições divergentes: em que uma parte defende que, *ao contrário do que parece, o conceito de contrato público nada pretende sugerir sobre a natureza jurídica – pública – de um determinado contrato e que se trata efectivamente de um conceito juridicamente neutro, que se tem desenvolvido essencialmente por força do direito comunitário da contratação pública*, e que, por isso, em nada afecta a autonomia e natureza do contrato administrativo (PEDRO GONÇALVES)⁶⁴; enquanto a outra parte da doutrina considera que não há razão de ser para a autonomização do contrato administrativo (MARIA JOÃO ESTORNINHO e JOÃO CAUPERS).⁶⁵

Por aquilo que nos quer parecer, julgamos que a posição mais consentânea com a filosofia expressa no recente CCP não poderia deixar de ser a primeira, visto aquele diploma legal consagrar um regime jurídico substantivo próprio para a figura de contrato administrativo, reservando-lhe cerca de 177 artigos que consubstanciam um regime tendencialmente distinto do aplicável aos contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública (cfr. artigo 1.º n.ºs 1 e 5 do CCP). Ademais, as directivas comunitárias sobre contratação pública estabelecem sobretudo regras procedimentais, que asseguram a publicidade e a não discriminação em razão da nacionalidade. E, como já sublinhamos, trata-se basicamente de um direito comum de procedimentos que pouco têm a ver com a execução do contrato (à excepção da integração de aspectos sociais e ambientais em sede de execução do contrato).

Por outro lado, antes da entrada em vigor do CCP, a legislação nacional relativa à contratação pública só versava sobre os contratos compreendidos pelas directivas, mais concretamente os contratos de locação e aquisição de bens móveis e serviços (cfr. artigo 1.º do D.L. n.º 197/99, de 08/06) e os contratos de empreitadas e concessão de obras públicas (cfr. artigo 2.º n.ºs 1 e 2 do

⁶³ Nas palavras de MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, Lex, 1999, p. 56, o *Direito Administrativo é o conjunto de princípios e de regras jurídicas que disciplinam o exercício da função administrativa do Estado-colectividade, sempre que nesse exercício, não só está presente, como prevalece, a prossecução do interesse público sobre interesses privados com ele relacionados ou conflituantes*.

⁶⁴ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo – Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, 2003, p. 53.

⁶⁵ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 184. e JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, Âncora Editora, Lisboa, 2000, pp. 219 e segs.

D.L. n.º 59/99, de 02/03). Ao passo que, no domínio dos *sectores especiais* a regulação da contratação pública apenas se estendia aos contratos de empreitadas, fornecimentos de bens móveis e prestação de serviços (cfr. artigo 1.º do D.L. n.º 223/2001, de 09/08). Acresce que, os próprios princípios vertidos nos artigos 182.º e 183.º do CPA, sobre a escolha do co-contratante, só eram aplicados aos contratos administrativos.

Com a aprovação do D.L. n.º 18/2008, de 29/01, houve um alargamento substancial do âmbito objectivo de regulação da contratação pública, visto o artigo 1.º n.º 2 do CCP dispor que o regime jurídico substantivo por ele consagrado é tendencialmente aplicável à formação dos contratos públicos. Simplesmente, da conjugação do estabelecido nos artigos 1.º n.º 2, 5.º n.º 1 e 16.º n.º 1, acaba-se por concluir que o regime jurídico substantivo do CCP apenas é extensível à formação dos contratos a celebrar por entidades adjudicantes *cujo objecto abranja as prestações que, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação, estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência do mercado* (cfr. § 1, do ponto 2 da norma preambular do CCP). Sendo certo que, de acordo com o artigo 16.º n.º 2 do CCP *consideram-se submetidas à concorrência de mercado, a título meramente exemplificativo, as prestações típicas abrangidas pelo objecto dos seguintes contratos, independentemente da sua designação ou natureza: a) empreitada de obras públicas; b) concessão de obras públicas; c) concessão de serviços públicos; d) locação ou aquisição de bens móveis; e) aquisição de serviços; f) sociedade* (salvo quando se trate de sociedades de capitais exclusivamente públicos).

Nesta cláusula geral cabem os contratos típicos regulados pelas directivas comunitárias, bem como os contratos de concessão de serviços e de sociedade, em relação aos quais o CCP autonomiza, designadamente, o regime substantivo (cfr. § 1, do ponto 2 da norma preambular do CCP). Isto constitui mais uma prova que, a aprovação do CCP foi ainda mais longe que a simples transposição das directivas comunitárias nesta matéria.

Além disso, não obstante o artigo 1.º n.º 2 do CCP⁶⁶ parecer induzir que o factor de delimitação do âmbito de aplicação do regime procedimental nele constante (designadamente, a Parte II do CCP) ser de cariz estritamente subjectiva, tal não corresponde à realidade, pois, como agora se acabou de comprovar, não é a formação de quaisquer contratos das entidades adjudicantes que está sujeita a esse regime, mas apenas a de alguns deles.

Outra solução não poderia ser adoptada pelo legislador, na medida em que não faria sentido a Parte II do CCP reger os contratos públicos com carácter *intuitu personae* (por exemplo: contratos-programa celebrados pelo Estado com uma autarquia ou instituição de solidariedade social para

⁶⁶ De acordo com o n.º 2 do artigo 1.º do CCP, *o regime da contratação pública estabelecido na Parte II do presente Código é aplicável à formação dos contratos públicos, entendendo-se por tal todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no presente Código.*

fomentar as respectivas actividades), ou em que exista um dever universal de prestação por parte da Administração (por exemplo: contratos de abastecimento de água, de energia eléctrica, ou de saneamento, etc.).

Neste quadro, para além da contratação excluída por força do artigo 5.º, a Parte II do CCP não é aplicável aos contratos cuja formação não se insira numa lógica da concorrência (v.g. contratos de urbanização). E quando isso suceder, à formação desses contratos *são aplicáveis: a) os princípios gerais da actividade administrativa e as normas que concretizem preceitos constitucionais constantes do Código do Procedimento Administrativo; ou b) quando estejam em causa contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, as normas constantes do Código do Procedimento Administrativo, com as necessárias adaptações* (por outras palavras, o procedimento pré-contratual que tem de ser observado é o mesmo que deveria preceder o acto que substituem) – cfr. artigo 5.º n.º 6 do CCP. No entanto, a execução destes contratos poderá ainda ficar sujeita à Parte III do CCP, quando eles revistam natureza administrativa.

Pode-se assim afirmar que, o princípio da concorrência delimita o âmbito de aplicação do regime de contratação pública instituído pelo CCP, ainda que vigorem algumas excepções a esta regra, como por exemplo as constantes nos artigos 5.º n.º 3, 6.º n.ºs 1 e 2. Assim, onde não existir, nem puder existir concorrência, não há motivos para aplicar tal regime.⁶⁷

Acontece que, o âmbito objectivo de aplicação do CCP é também largamente estendido por via do disposto no seu artigo 1.º n.º 3, nos termos do qual a parte II daquele diploma legal *é igualmente aplicável, com as necessárias adaptações, aos procedimentos destinados à atribuição unilateral, pelas entidades adjudicantes referidas no artigo seguinte, de quaisquer vantagens ou benefícios, através de acto administrativo ou equiparado* (pois há entidades adjudicantes que, por serem um organismo de direito público com natureza privada, não estão habilitadas por lei a praticar actos administrativos), *em substituição da celebração de um contrato público*. Indo-se, desta forma, ao encontro da orientação de aproximação entre o regime dos contratos e o regime dos actos administrativos, tornando-se cada vez mais ténue a fronteira entre ambos.

Os contratos excluídos da regulação pelo CCP, quer para efeitos de formação, quer para efeitos de execução dos mesmos, são os previstos no artigo 4.º do CCP, entre os quais se destacam: os contratos de provimento, contratos de trabalho em funções públicas e contratos individuais de

⁶⁷ RUI MEDEIROS, *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio concorrência*, Cadernos de Justiça Administrativa, CEJUR, n.º 69, Maio/Junho 2008, p. 8, faz ainda alusão à possibilidade de haver contratos que, embora celebrados por entidades adjudicantes e com um objecto que abrange prestações que, *prima facie*, estão ou são susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, não carecem de ser submetidas às regras de formação do contrato estabelecidas no Código. Tendo feito apelo aos motivos que justificaram a exclusão do sector das telecomunicações da norma comunitária sobre contratação pública, para exemplificar o seu ponto de vista.

trabalho, contratos de compra e venda, de doação, de permuta e de arrendamento de bens imóveis ou contratos similares, *et cetera*. É assim visível, que estas exclusões não violam as directivas comunitárias sobre contratação pública, na medida em que o próprio âmbito objectivo de aplicação dessas directivas não inclui este tipo de contratos.

Dá-se também um caso de inaplicabilidade das regras da contratação pública à fase de formação de contratos quando se verificarem cumulativamente os seguintes pressupostos: a) *a entidade adjudicante exercer sobre a actividade da entidade adjudicatária, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços; e b) esta entidade desenvolva o essencial da sua actividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o referido controlo análogo* (cfr. artigo 5.º n.º 2 do CCP)⁶⁸. Trata-se aqui da comumente designada contratação *in house*.

A exclusão da contratação *in house* do regime procedimental do CCP prende-se com o facto de se pretender garantir que não concorram no mercado empresas que, apesar possuírem formalmente personalidade jurídica própria, se traduzem em construções pseudo-autónomas de entidades públicas, que as controlam e sustentam integralmente, possibilitando-lhes, por exemplo, assinar propostas de preços invencíveis, dado não terem de se preocupar com eventuais prejuízos.

Como se pode constatar, o artigo 5.º n.º 2 do CCP acolhe parcialmente a jurisprudência comunitária sobre a relação *in house*. Dizemos parcialmente, uma vez que aquela norma além de não densificar o sentido dos dois requisitos enunciados nas suas alíneas a) e b), também não obriga, para que a excepção *in house* funcione, a inexistência de participações privadas na entidade adjudicatária.⁶⁹ Devendo estes aspectos ser preenchidos pela doutrina e a jurisprudência nacional tendo presente a organização administrativa portuguesa.

⁶⁸ Os dois requisitos, de cujo preenchimento depende a existência de uma contratação *in house*, verificam-se em relação à Empresa de Gestão Partilhada de Recursos da Administração Pública, E.P.E. (GeRAP). Isto porque, o Estado exerce sobre a GeRAP um controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços (por força do artigo 8.º do preâmbulo do D.L. n.º 18/2008, de 29/01) e a GeRAP desenvolver o essencial da sua actividade em benefício dos serviços integrados na pessoa colectiva Estado. Assim, os serviços de administração directa do Estado podem adquirir directamente à GeRAP os serviços partilhados por ela disponibilizados, sem sujeição à Parte II do CCP. Todavia, isto não afasta a aplicação da Parte III do CCP, visto o contrato de aquisição de serviços é qualificado como contrato administrativo.

⁶⁹ Desde já se evidencie que, as directivas emergentes da Reforma de 2004 não incluíram qualquer disposição sobre contratos *in house*, uma vez que não foi possível chegar a acordo entre a Comissão, o Conselho e o Parlamento sobre esta matéria. Todavia, a jurisprudência comunitária sobre contratação *in house* é abundante. Indicando-se, a título de exemplo, os Acórdãos: *Teckal*, de 18/11/1999, proferido no processo n.º C-107/98; *Arge*, de 07/12/2000, proferido no processo n.º C-94/99; *Stadt Halle*, de 11/11/2005, proferido no processo n.º C-26/03; *Comissão/Espanha*, de 13/01/2005, proferido no processo n.º C-84/03; *Comissão/Áustria*, de 10/11/2005, proferido no processo n.º C-29/04. Da conjugação do conteúdo de todos estes Acórdãos, pode-se concluir que a jurisprudência comunitária admite que as entidades adjudicantes possam contratar sem sujeição às normas de contratação pública no âmbito das relações *in house* (inclusive celebrar um contrato público sem necessidade de abertura de concurso), se se encontrarem cumulativamente preenchidos três requisitos, a saber:

Seja como for, o requisito do controlo análogo há-de assemelhar-se, de acordo com a organização administrativa portuguesa, ao poder de direcção que um ente público detém sobre os seus serviços, o qual consiste na possibilidade de interferir na actividade/gestão desses serviços através de ordens ou instruções. Não sendo suficiente a existência de um mero poder de tutela, para que haja contratação *in house*.

Contudo, cumpre realçar que, a omissão do último requisito exigido pela jurisprudência comunitária para a qualificação de uma relação contratual como de *in house*, não é inteiramente inocente, pois a imposição de inexistência de participações privadas na entidade adjudicatária parece ser desconforme ao sistema jurídico português. Já que, por força do princípio constitucional da liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito da economia mista, a prossecução do interesse público por empresas integrantes do sector público da economia não é incompatível com a participação de privados no respectivo capital social.⁷⁰

Paralelamente, as entidades adjudicatárias de contratos qualificados como de *in house* ficaram igualmente sujeitas ao regime de contratação pública, quando celebrem contratos com entes privados desde que elas sejam consideradas organismos de direito público.

De todo o modo, o exposto sobre contratação *in house* não é válido para os *sectores especiais*, em

1.º) existência de um controlo exercido pela entidade adjudicante sobre a entidade que vai efectuar a prestação em causa, que deve ser análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços. O que pressupõe o poder de a entidade adjudicante exercer uma influência determinante, quer sobre os objectivos estratégicos, quer sobre as decisões de relevo relativamente a aspectos de gestão do adjudicatário. Além disso, a repartição do controlo por uma pluralidade de entidades adjudicantes não impede a afirmação de um controlo análogo;

2.º) o essencial da actividade do co-contratante ser realizado para a entidade que o controla. A este propósito, tem-se vindo a considerar que este requisito se encontra preenchido, por analogia com o disposto em algumas normas comunitárias, quando a entidade adjudicatária preste 80% da sua actividade à entidade adjudicante (neste sentido *vide*, entre outros, Conclusões da Advogada-Geral CHRISTINE STIX-HACKL, proferidas no processo n.º C-26/03, onde foi emitido o Acórdão *Stadt Halle*)

3.º) e inexistência de participações privadas na entidade adjudicatária.

Todavia, este terceiro requisito não é consensual, até porque a participação privada é marginal, além de ser de difícil aplicação quando os entes não públicos pertencem ao sector cooperativo e social da economia ou quando se está face a entidades que não revestem natureza societária (neste sentido *vide*, entre outros, Conclusões da Advogada-Geral CHRISTINE STIX-HACKL, proferidas no processo n.º C-26/03, onde foi emitido o Acórdão *Stadt Halle* e Conclusões do Advogado-Geral LÉGER, proferidas no processo n.º C-94/99, onde foi emitido o Acórdão *Arge*).

E pese embora, o legislador comunitário não ter procedido à positivação formal desta jurisprudência, a verdade é que a mesma foi acolhida, entre outros, no *Code de Marchés Publics* francês, na *Ley 53/2002* espanhola e, agora no Código de Contratos Públicos português.

Mas sobre contratação *in house*, *vide* ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações in house*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 65, CEJUR, Setembro/Outubro 2007, pp. 12-27; PEDRO GONÇALVES, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Coimbra, 2007, pp. 178 a 189; RUI MEDEIROS, *Âmbito do Novo Regime da Contratação Pública à Luz do Princípio da Concorrência*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 69, CEJUR, Maio/Junho 2008, pp. 12-17; CLÁUDIA VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2007, pp. 474-484.

⁷⁰ Neste sentido *vide*, entre outros, RUI MEDEIROS, *Âmbito do Novo Regime da Contratação Pública à Luz do Princípio da Concorrência*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 69, CEJUR, Maio/Junho 2008, pp. 14-16.

virtude do seu regime específico consagrado nos artigos 13.º e 14.º do CCP (correspondentes ao artigo 23.º da Directiva n.º 2004/17/CE), onde o conceito de relação *in house* é muito mais lato.⁷¹

Contudo, o âmbito objectivo de aplicação do CCP, sofre igualmente uma ligeira restrição com o preceituado no seu artigo 6.º, dado que: *à formação de contratos a celebrar entre quaisquer entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 2.º* (ou seja, contratos interadministrativos), *a parte II do presente Código só é aplicável quando o objecto de tais contratos abranja prestações típicas dos seguintes contratos: a) empreitada de obras públicas; b) concessão de obras públicas; c) concessão de serviços públicos; d) locação ou aquisição de bens móveis; e) aquisição de serviços. Quando a entidade adjudicante seja um organismo de direito público nos termos do n.º 2 do artigo 2.º ou o Banco de Portugal, a parte II do presente Código só é aplicável à formação dos contratos cujo objecto abranja prestações típicas dos contratos enumerados no número anterior.* Com esta norma pretende-se, no fundo, impedir que as entidades adjudicantes se subtraíam da regulação comunitária sobre contratação pública, com fundamento no facto de o co-contratante escolhido integrar igualmente a Administração Pública.⁷²

Tal como assinalou JORGE ANDRADE DA SILVA, pode-se retirar do conteúdo do artigo 6.º do CCP as seguintes conclusões: *i) O âmbito de aplicação subjectiva deste artigo é limitado às entidades adjudicantes, tal como são consideradas pelo artigo 2.º; os contratos interadministrativos, a que se reporta o artigo 338.º, são celebrados entre contraentes públicos assim considerados pelo artigo 3.º; ii) A restrição estabelecida no n.º 1 respeita aos chamados contratos de coordenação (ou coordenação paritária), isto é, os celebrados entre pessoas colectivas de direito público, cujos procedimentos adjudicatórios só seguirão o regime da Parte II deste CCP se estabelecer prestações típicas de algum dos contratos típicos; iii) O mesmo regime de não submissão obrigatória às disposições da Parte II, nas mesmas condições, é aplicável aos contratos adjudicados pelos organismos de direito*

⁷¹ Pelo exposto, podemos concluir que no artigo 5.º do CCP se encontram previstos: quer o conjunto de contratos cuja formação não está submetida à Parte II do CCP, apesar de a Parte III poder ser aplicável à sua execução, quando eles revistam natureza administrativa (v.g. n.ºs 1 a 3 do artigo 5.º do CCP); quer o conjunto de contratos em que a exclusão de aplicação da Parte II do CCP não é integral (v.g. n.ºs 5 e 7 do artigo 5.º do CCP); quer, por fim, o conjunto de contratos em que se impõe a aplicação na formação dos contratos dos *princípios gerais da actividade administrativa e as normas que concretizem preceitos constitucionais constantes do Código do Procedimento Administrativo; ou quando estejam em causa contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, as normas constantes do Código do Procedimento Administrativo, com as necessárias adaptações* (v.g. artigo 5.º n.º 6 do CCP).

⁷² Este entendimento vem na sequência de no regime comunitário se ter adoptado um conceito amplo e funcional de concorrentes, os quais podem constituir pessoas singulares ou colectivas, sociedades holding, AEIE's, entidades públicas ou agrupamento de tais pessoas e/ou organismos, desde que actuem como operadores privados (cfr. artigos 1.º n.º 8 e 4.º n.º 1 da Directiva n.º 2004/18/CE, Acórdão *Ballast Nedam*, de 14/04/1994, proferido no processo n.º C-389/92). Visa-se, assim, garantir a não discriminação entre os operadores económicos dos Estados-membros, rejeitando-se, para este efeito, as particularidades e especificidades nacionais que possam pôr em causa a liberalização dos contratos públicos no seio do mercado interno. Tendo sido com este propósito que no 4.º Considerando da Directiva n.º 2004/18/CE e no 11.º Considerando da Directiva n.º 2004/17/CE se estabeleceu que *os Estados-Membros devem velar por que a participação de um proponente que seja um organismo de direito público num processo de adjudicação de contratos públicos não cause distorções de concorrência relativamente a proponentes privados.*

público, tal como os caracteriza o n.º 2 do artigo 2.º ou pelo Banco de Portugal; iv) Esses contratos só não estão submetidos ao regime do CCP no que toca ao procedimento da sua formação, mantendo-se, quanto a todos os contratos administrativos, essa submissão na sua parte substantiva (artigo 1.º n.º 5); v) Mesmo quanto à sua formação, estão submetidos ao CCP os contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de locação ou de aquisição de móveis e o de aquisição de serviços.

Além disso, se uma entidade adjudicante, tal como considerada pelo artigo 2.º n.º 1 do CCP, celebrar um contrato com um organismo de direito público que, apesar de não ser considerado um contrato de empreitada ou concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de locação ou aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços, tem por objecto prestações susceptíveis de serem submetidas à concorrência de mercado, esse contrato tem de observar o consagrado na Parte II do CCP.

Da mesma forma que, haverá lugar à aplicação da Parte II do CCP, quando se trate de um contrato de sociedade celebrado entre uma entidade adjudicante abrangida pelo artigo 2.º n.º 1 do CCP e um organismo de direito público, ou entre dois organismos de direito público. O mesmo não ocorrendo com os contratos de sociedade, em que o capital social se destine a ser inteiramente detido por entidades adjudicantes integrantes na Administração Pública tradicional, dado os artigos 5.º n.º 4.º al. d) e 16.º excluírem essa aplicação.

Obviamente, que não há lugar à submissão ao regime da contratação pública, nos casos em que a entidade pública prestadora do serviço não retira qualquer vantagem ou benefício económico pela realização da prestação, por a mesma resultar de um dever estatutário de colaboração com outra entidade pública na prossecução do interesse público (por exemplo, quando o Governo solicita, através de despacho do Ministro de Obras Públicas, Transportes e Comunicações, ao Laboratório Nacional de Engenharia Civil, I.P., que efectue um estudo técnico comparado das alternativas de localização de uma determinada infra-estrutura pública a construir).

Um outro aspecto a reter quanto ao âmbito objectivo de aplicação do CCP, é o de haver quem entenda que, por um lado, ele foi excessivamente ambicioso por ter abarcado matérias que mereciam ser objecto de diploma autónomo (caso dos denominados *sectores especiais*), e por outro lado, ficou aquém do aguardado, já que não contém, por exemplo, o regime da locação e aquisição de bens imóveis e os contratos do sector da defesa.⁷³

Por último, importa evidenciar que o CCP procedeu à transposição da generalidade das disposições das directivas de 2004 respeitantes ao âmbito objectivo de aplicação do regime de

⁷³ Sobre esta matéria *vide* MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Vol. III, Lisboa, 2007, p. 21.

contratação pública e correspondentes restrições. De forma esquemática e a título meramente exemplificativo, passamos a ilustrar algumas das mais importantes transposições.

Artigo do CCP	Artigo das Directivas de 2004	Assunto
1.º	1.º da Directiva n.º 2004/18/CE 1.º da Directiva n.º 2004/17/CE	Âmbito objectivo
4.º	14.º a 16.º da Directiva n.º 2004/18/CE	Contratos excluídos
5.º n.º 4 a)	18.º da Directiva n.º 2004/18/CE	Contratos de serviços adjudicados com base num direito exclusivo
5.º n.º 4 f) e 5.º n.º 5	21.º da Directiva n.º 2004/18/CE	Contratos de serviços enumerados no anexo II B da Directiva n.º 2004/18/CE
9.º	3.º n.ºs 1 e 3, 4.º n.ºs 1 e 2, 5.º n.º 1 e 6.º da Directiva n.º 2004/17/CE	Actividades nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais
10.º n.º 1	4.º n.º 3 da Directiva n.º 2004/17/CE	Actividades excepcionadas no sector da água
10.º n.º 2	3.º n.ºs 2 e 4 da Directiva n.º 2004/17/CE	Actividades excepcionadas no sector da energia
10.º n.º 3	5.º n.º 2 da Directiva n.º 2004/17/CE	Actividades excepcionadas no sector do transporte público por autocarro
11.º n.º 1 b), i) 11.º n.º 1 b), ii) 11.º n.º 1 b), iii) 11.º n.º 1 b), iv) 11.º n.º 1 b), v) 11.º n.º 3 a) 11.º n.º 3 b)	1.º n.º 2 b) da Directiva n.º 2004/17/CE 1.º n.º 3 a) da Directiva n.º 2004/17/CE 1.º n.º 3 b) da Directiva n.º 2004/17/CE 1.º n.º 2 c) da Directiva n.º 2004/17/CE 1.º n.º 2 d) da Directiva n.º 2004/17/CE 4.º n.º 2 a) da Directiva n.º 2004/17/CE 4.º n.º 2 b) da Directiva n.º 2004/17/CE	Âmbito objectivo da contratação nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais
13.º n.º 1 al. a) 13.º n.º 1 alíneas c) a e), n.ºs 2 a 4	20.º n.º 1 da Directiva n.º 2004/17/CE 23.º da Directiva n.º 2004/17/CE	- Restrição do âmbito da contratação nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais - E contratos adjudicados a uma empresa associada, a uma empresa comum ou a uma entidade adjudicante que integre uma empresa comum
13.º n.º 1 al. b)	30.º da Directiva n.º 2004/17/CE	Procedimento para determinar se uma determinada actividade está directamente exposta à concorrência
14.º	23.º n.º 1 da Directiva n.º 2004/17/CE	Conceito de empresa associada
32.º	1.º n.º 2 da Directiva n.º 2004/18/CE 9.º da Directiva n.º 2004/17/CE	Contratos mistos
275.º	8.º da Directiva n.º 2004/18/CE	Contratos subsidiados
276.º	63.º a 65.º da Directiva n.º 2004/18/CE	Contratos celebrados por concessionários que não sejam entidades adjudicantes
277.º	3.º da Directiva n.º 2004/18/CE	Contratos a celebrar por entidades beneficiárias de direitos especiais ou exclusivos no exercício de actividades de serviço público

No ordenamento nacional, e sem prejuízo para as excepções previstas no artigo 11.º n.ºs 2 e 3, o âmbito objectivo nos sectores especiais abrange apenas: *i)* empreitada de obras públicas cujo valor seja igual ou superior ao referido na alínea b) do artigo 16.º da Directiva n.º 2004/17/CE; *ii)* concessão de obras públicas; *iii)* concessão de serviços públicos; *iv)* locação ou aquisição de bens móveis cujo valor seja igual ou superior ao referido na alínea a) do artigo 16.º da Directiva n.º 2004/17/CE; *v)* aquisição de serviços cujo valor seja igual ou superior ao referido na alínea a) do artigo 16.º da Directiva n.º 2004/17/CE (cfr. artigo 11.º n.º 1 do CCP). Quer isto dizer que, na generalidade e no que respeita à definição do âmbito objectivo de sujeição dos *sectores especiais* ao CCP, não se foi mais além do era exigido pela Directiva n.º 2004/17/CE. Isto porque, salvo no caso dos contratos de concessão, a contratação excluída abrange a formação de contratos cujo objecto compreenda algumas das prestações típicas dos contratos discriminados no parágrafo anterior, quando o seu valor seja inferior aos limiares comunitários.

Um outro aspecto a ter presente, é o facto das restrições do âmbito da contratação nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais serem as mesmas que as consagradas na Directiva n.º 2004/17/CE. Não se tendo igualmente deixado de transpor para a ordem jurídica portuguesa, o importante mecanismo para determinar se uma determinada actividade está directamente exposta à concorrência (cfr. artigo 13.º n.º 1 al. b) do CCP).

4.7- Âmbito Subjectivo da Aplicação das Directivas de 2004

Outro aspecto decisivo do regime comunitário da contratação pública, é o da definição das entidades adjudicantes, uma vez que o que está em jogo é a aplicação *in totum* desse mesmo regime.

Desde já cumpre esclarecer que, no domínio do direito comunitário, contrato público não é sinónimo de contrato celebrado por entidade pública. É que, progressivamente, se foi assistindo a uma evolução no sentido da adopção de um conceito amplo de entidades adjudicantes.⁷⁴

⁷⁴ A Directiva n.º 77/62/CEE, referente aos fornecimentos, entendia como *entidades adjudicantes* o Estado, as pessoas colectivas territoriais e as pessoas colectivas de direito público; enquanto a Directiva n.º 71/305/CEE, referente aos contratos de obras, começou a incluir os *organismos de direito público*, após a modificação introduzida pela Directiva n.º 89/440/CEE. Também a Directiva n.º 92/50/CEE, referente aos contratos públicos de serviços, adoptou o conceito alargado de *entidade adjudicante* da Directiva n.º 89/440/CEE. Com a uniformização do âmbito de aplicação das *Directivas Clássicas*, verificada em 1993, por via da Directiva n.º 93/36/CEE, também nos contratos de fornecimento se alargou o respectivo âmbito subjectivo de aplicação. A Directiva n.º 2004/18/CE só viria acrescentar, ao rol das entidades adjudicantes, a figura da central de compras e afirmar o carácter não exaustivo das listas de organismos de direito público anexa à própria directiva.

Mas para um estudo mais aprofundado da evolução do âmbito subjectivo da aplicação das directivas *vide*, entre outros, ORDÓNEZ SOLÍS, DAVID, *La Contratación Pública en la Unión Europea*, Aranzadi, 2002, pp. 88 e segs.; MIGUEL CATELA, *A noção de entidade adjudicante no Direito Comunitário Europeu da Contratação Pública*, in *Estudos em Homenagem de Cunha Rodrigues*, Vol. II, Coimbra, 2001, pp. 884-885; CLÁUDIA

Ainda que numa fase inicial, esta matéria não tenha merecido muita atenção por parte das instituições comunitárias e da doutrina (as quais se encontravam mais preocupadas com a transposição correcta das directivas, o efeito directo das suas normas e a observância das obrigações de publicidade), a verdade é que, com a reforma dos anos noventa e o Acórdão *Mannesmann* (de 15/01/1998, proferido no processo n.º C-44/96) este cenário modifica-se por completo, tendo o âmbito subjectivo de aplicação do regime comunitário passado a representar um assunto central do direito comunitário de contratação pública. Para se comprovar a autenticidade desta afirmação, basta olharmos para as inúmeras ocasiões em que, desde então, o Tribunal de Justiça se tem debruçado sobre esta temática ou para a vontade da Comissão de aclarar esta matéria⁷⁵, ou ainda os inúmeros trabalhos da doutrina em que este tema vem retratado.

4.8- Âmbito Subjectivo da Aplicação da Directiva dos Sectores Gerais

Com efeito, uma vez ultrapassado o período de incumprimento generalizado do direito comunitário da contratação pública (decorrente da falta de transposição das directivas e da inobservância das regras de publicidade), passaram a surgir formas mais imperceptíveis de contornar a legislação comunitária, designadamente pela aprovação de normas nacionais que subtraem um grupo numeroso de entidades à aplicação do regime comunitário, permitindo-lhes celebrar livremente contratos de direito privado, onde não vigoram imposições tão restritas como no direito comunitário. Estava-se assim perante uma das mais significativas manifestações do fenómeno denominado de *fuga para o direito privado*.

Por outro lado, este subterfúgio para além de se traduzir numa não sujeição de um conjunto de entidades ao regime comunitário substantivo da contratação pública, punha também em causa a própria aplicação das *Directivas-Recursos*.

Pelo que se sentiu a necessidade de se alterar este *status quo*, através de uma definição mais pormenorizada e precisa de entidades adjudicantes, assim como de organismos de direito público. Onde, mais uma vez, o papel do Tribunal de Justiça foi decisivo.

Conforme o artigo 1.º n.º 9 da Directiva n.º 2004/18/CE, *por entidades adjudicantes entende-se o Estado, as autarquias locais e regionais, os organismos de direito público e as associações formadas por uma ou mais autarquias locais ou regionais ou um ou mais organismos de direito público. Ao passo que, por organismo de direito público entende-se qualquer organismo: a) criado para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral com carácter não industrial ou comercial; b) dotado de personalidade jurídica; e c) cuja actividade seja financiada*

VIANA, *Contratação pública e empresas públicas: direito nacional e direito comunitário*, Cadernos de Justiça Administrativa, CEJUR, n.º 52, Julho/Agosto de 2005, pp. 8 e segs.

⁷⁵ Vide, COMISSÃO, *Comunicação: Os contratos públicos na União Europeia*, de 11/03/1998, p. 11.

maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público; ou cuja gestão esteja sujeita a controlo por parte destes últimos; ou em cujos órgãos de administração, direcção ou fiscalização mais de metade dos membros sejam designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público. Além disso, as listas não exaustivas dos organismos e categorias de organismos de direito público que satisfazem os critérios referidos nas alíneas a), b) e c) do segundo parágrafo constam do anexo III. Os Estados-Membros notificarão periodicamente a Comissão das alterações introduzidas nas suas listas.

Nestes termos, se um determinado organismo não constar na lista integrante desse Anexo III, importa analisar casuisticamente a situação jurídica e factual do organismo em questão, com vista a apurar-se se ele preenche ou não os três requisitos cumulativos enunciados nas alíneas a), b) e c) do artigo 1.º n.º 9 da Directiva n.º 2004/18/CE. Mas esta análise tem de ser feita com base nos critérios interpretativos emitidos pelo Tribunal de Justiça, funcionando os mesmos como guias para uma aplicação uniforme e homogénea em toda a UE.

Adicionalmente, o artigo 1.º n.º 10 da Directiva n.º 2004/18/CE acresce, ao rol das entidades adjudicantes, a figura da central de compras.

Torna-se notório que, foi adoptado um conceito funcional e amplo de entidade adjudicante, tal como vinha propugnando o Tribunal de Justiça desde o Acórdão *Beentjes* (de 20/09/1988, proferido no processo n.º 31/87) e reiterada e complementada em diversos Acórdãos posteriores.

Aliás, a contratação pública não foi o único domínio em que o Tribunal de Justiça perfilhou uma concepção funcional e alargada de Estado e da panóplia de entes instrumentais dependentes de outras entidades adjudicantes, visto o mesmo ter ocorrido em outras situações, tendo por fim a garantia da efectividade ou do *efeito útil* do direito comunitário. Sendo certo, que este *efeito útil*, bem como o alcance das regras comunitárias, não podem ser postos em causa por conceitos nacionais de administração pública, sob pena de não só se negar a primazia do direito comunitário, como também de se frustrarem os objectivos que sustentam o projecto europeu (cfr. Acórdão *Adolf Truley*, de 27/02/2003, proferido no processo n.º C-373/00).

Isto foi feito com recurso à técnica do *disregard of legal entity*, segundo o qual é indiferente a natureza jurídica pública ou privada de que tais entidades se revestem, do ponto de vista do ordenamento jurídico nacional. Pois, o que é relevante, para se apurar se um determinado ente reúne ou não os requisitos exigidos para a sua qualificação como organismo de direito público, não é a forma jurídica, mas a realidade subjacente ao caso concreto.

Seja como for, a construção jurisprudencial do conceito de entidades adjudicantes limita efectivamente a autonomia dos Estados-membros. Mas isto justifica-se quer por força do

princípio da subsidiariedade, plasmado no artigo 5.º n.º 3 do Tratado da UE⁷⁶, quer em virtude da necessidade de se alcançar objectivos e finalidades comunitários no domínio da contratação pública.

É que estamos perante entes, que tal como as restantes entidades adjudicantes, operam no mercado de forma bem distinta à da maioria dos operadores económicos. Logo, importa coibi-los de se deixarem levar por considerações que não sejam meramente económicas, quando se encontram a celebrar contratos. O que se obtém através da imposição de um regime jurídico que regule a denominada zona comum da contratação pública.

Mas analisemos individualmente cada um dos três requisitos cumulativos, para que um ente possa ser qualificado como organismo de direito público, de acordo com os critérios fornecidos pelo Tribunal de Justiça nos vários Acórdãos em que ele se debruçou sobre esta temática⁷⁷:

Conceito Comunitário	Considerações
<p><i>Criado para satisfazer de modo específico necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial</i></p>	<p>- O Tribunal de Justiça considerou que a directiva delinea o seu âmbito de aplicação <i>ratione personae</i> em função não só das entidades tradicionalmente qualificadas como de direito público (tais como o Estado, as autarquias ou as entidades do sector público), mas também de entidades privadas que prossigam um objectivo de interesse geral que não seja comercial ou industrial e que, assim, são qualificadas como organismos de direito público.</p> <p>- No entanto, para a qualificação de um ente como organismo de direito público é indiferente:</p> <p>i) que a tarefa de prosseguir necessidades <i>de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial</i>, tenha sido confiada ao organismo <i>ab initio</i> ou lhe tenha sido confiada num momento posterior;</p> <p>ii) a forma jurídica pela qual se processou essa confiança (seja por: norma legal, estatuto, pacto social, contrato, <i>etc.</i>);</p> <p>iii) que, simultaneamente com a satisfação de necessidades públicas, tal organismo exerça outras actividades, designadamente de carácter industrial ou comercial. Sendo igualmente irrelevante, por motivos de segurança jurídica, a percentagem que estas últimas actividades representam no cômputo geral das actividades desenvolvidas pelo organismo em causa;</p> <p>iv) que existam ou não empresas privadas a satisfazer essas mesmas necessidades,</p>

⁷⁶ De acordo com o artigo 5.º n.º 3 do Tratado UE, *em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União.*

⁷⁷ A saber: Acórdão *Comissão/Bélgica*, de 17/09/1998, proferido no processo n.º C-323/96; Acórdão *BFI Holding*, de 10/11/1998, proferido no processo n.º C-360/96; Acórdão *Comissão/Irlanda*, de 17/12/1998, proferido no processo n.º C-353/96; Acórdão *Connemara*, de 17/12/1998, proferido no processo n.º C-306/97; Acórdão *Teckal*, de 18/11/1999, proferido no processo n.º C-107/98; Acórdão *University of Cambridge*, de 03/10/2000, proferido no processo n.º C-380/98; Acórdão *Telaustria*, de 07/12/2000, proferido no processo n.º C-324/98; Acórdão *Comissão/França*, de 01/02/2001, proferido no processo n.º C-237/99; Acórdão *Agorà*, de 10/05/2001, proferido nos processos n.ºs C-223/99 e C-260/99; Acórdão *Universale-Bau*, de 12/12/2002, proferido no processo n.º C-470/99; Acórdão *Adolf Truley*, de 27/02/2003, proferido no processo n.º C-373/00; Acórdão *Korhonen Oy*, de 22 de Maio de 2003, proferido no processo n.º C-18/01; Acórdão *Comissão/Espanha*, de 16/10/2003, proferido no processo n.º C-283/00; Acórdão *Mannesmann*, de 15/01/1998, proferido no processo n.º C-44/96.

	<p>pois a qualificação como organismo de direito público não exige uma situação de falta de concorrência. De facto, estamos perante <i>necessidades que, por um lado, são satisfeitas de modo diferente da oferta de bens ou de serviços no mercado e, que por razões ligadas ao interesse geral, o Estado opta por satisfazer ele próprio ou em relação às quais pretende manter uma influência dominante</i>.</p> <p>Seja como for, o Tribunal de Justiça admitiu que a existência de uma concorrência desenvolvida e, em especial, o facto de o organismo em causa agir em situação de concorrência no mercado, bem como o fim lucrativo, podem ser indícios de que não se trata de uma necessidade de interesse geral sem carácter industrial ou comercial. Contudo, tais elementos não constituem um critério decisivo para a apreciação do carácter comercial ou industrial das necessidades de interesse geral, visto estas estarem mais directamente relacionadas com a gestão empresarial e o efectivo risco económico ligado à realização das actividades.</p> <p>- Desta forma, na perspectiva da aplicação do direito comunitário, não importa a qualificação pública ou privada da entidade em causa, nem o regime jurídico nacional aplicável, mas antes o objectivo ou finalidade previsto no acto de criação do organismo e as condições em que o mesmo exerce a sua actividade. Sendo, por isso, imprescindível efectuar uma análise casuística dos elementos de facto e de direito relevantes que rodeiam o organismo em causa, onde se incluem as realidades nacionais. Trata-se aqui do denominado princípio da especialidade do objecto social dos entes instrumentais.</p> <p>- Do exposto, é perceptível que o Tribunal de Justiça interpretou o conceito de <i>necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial</i>, de forma autónoma, abstraindo-se das legislações nacionais. Constituindo, por isso, um conceito que deve ser objecto de uma interpretação autónoma e uniforme em toda a Comunidade.</p>
<p><i>Personalidade Jurídica</i></p>	<p>- Por argumento <i>a contrario</i>, se um determinado ente não detém personalidade jurídica, o mesmo não poderá ser qualificado como organismo de direito público, independentemente de, num caso concreto, esse ente poder ser tido como parte integrante de uma das entidades adjudicantes enunciadas no artigo 1.º n.º 9 da Directiva dos <i>Sectores Gerais</i>.</p> <p>- Porém, não é pelo facto de um ente instrumental ter personalidade jurídica de direito privado que o mesmo se encontra excluído da qualificação como organismo de direito público.</p> <p>- Houve Estados-membros (entre eles, Portugal, Espanha e França) que defenderam que a interpretação literal da expressão <i>organismo de direito público</i> articulada com o requisito de <i>dotado de personalidade jurídica</i>, levaria a que ficassem excluídos todos os organismos com personalidade jurídica de direito privado. A favor desta perspectiva, alegavam ainda o facto de na Directiva dos <i>Sectores Gerais</i> não constar uma referência expressa às empresas públicas como acontecia na Directiva de <i>Sectores Especiais</i>.</p> <p>Simplemente, este entendimento não vingou, dada a interpretação funcional e teleológica do conceito de organismo de direito público que o Tribunal de Justiça faz, para efeitos de delimitação do âmbito subjectivo das directivas comunitárias, em que são indiferentes as qualificações elaboradas nos ordenamentos jurídicos nacionais. Considerando ser esta espécie de interpretação aquela que melhor assegura o <i>efeito útil</i> do direito comunitário.</p> <p>Pretende-se, assim, obstar que as entidades dependentes do Estado, das autarquias locais ou outros organismos de direito público se <i>deixem levar por considerações não económicas</i>, bem como garantir a boa gestão dos dinheiros públicos num mercado aberto e concorrencial, baseado na igualdade dos operadores económicos e nas liberdades comunitárias.</p>

*Dependência
efectiva de outra
entidade
adjudicante*

- Tal como se refere expressamente no artigo 1.º n.º 9 al. c) da Directiva n.º 2004/18/CE, para se dar a dependência efectiva de outra entidade adjudicante é indispensável que suceda um dos três critérios alternativos, nomeadamente: actividade financiada maioritariamente por uma entidade adjudicante; ou controlo de gestão; ou participação maioritária em órgãos de administração, direcção ou fiscalização.

- Com efeito, nas situações em que há uma dependência de um organismo em relação a uma entidade adjudicante, existe uma grande probabilidade desta mesma entidade influenciar as decisões do organismo em questões de contratos públicos, com o consequente risco de este se *deixar levar por considerações não económicas*.

- Para que ocorra o primeiro dos critérios alternativos é necessário que se verifique a existência *de prestações de financiamentos ou de apoio, mediante auxílio financeiro sem contraprestação específica*. Pelo que, *nem todos os pagamentos efectuados por uma entidade adjudicante têm como efeito a criação ou o aprofundamento de um nexos específico de subordinação ou dependência*.

Por outro lado, a vigência de uma relação contratual pode ter *como consequência uma dependência do organismo em relação à entidade adjudicante*, mas essa dependência *tem natureza diversa da resultante de uma mera prestação de apoio*, assemelhando-se à existente nas relações comerciais normais nos contratos de natureza sinalagmática livremente negociados entre as partes. De forma que, nestes casos não se está face a um financiamento público, para efeitos de aplicação das directivas comunitárias.

Além disso, a expressão *maioritariamente deve interpretar-se no sentido de que se trata de mais de metade*.

Acresce que, este primeiro critério alternativo pressupõe *um financiamento maioritário proveniente de fundos públicos* (inclusive fundos comunitários). Dai que, *um organismo pode também ser financiado parcialmente de outra forma*, sem que esse facto seja relevante em termos de qualificação como entidade adjudicante no sentido da Directiva dos Sectores Gerais. Logo, para efeitos de averiguação *da percentagem do financiamento público de um dado organismo, deverá ter-se em conta o conjunto de receitas de que beneficia, incluindo as resultantes da actividade comercial*. Sendo certo que, *a qualificação de um organismo como entidade adjudicante deve fazer-se com base anual e o exercício orçamental em que o concurso for feito deverá considerar-se como o período mais adequado para o cálculo do modo de financiamento deste organismo, entendendo-se que aquele cálculo deve efectuar-se com base em números disponíveis no início do exercício orçamental, ainda que com carácter de previsão*. Paralelamente, *a protecção dos interesses dos concorrentes legítima que um organismo que, à data em que se procede à abertura de um concurso público, constitua uma entidade adjudicante contínua, relativamente a esse concurso, sujeito às exigências da Directiva n.º 2004/18/CE, até ao encerramento do processo de concurso em causa*.

- Para que ocorra o segundo dos critérios alternativos é necessário que o controlo de gestão crie *uma dependência do organismo em causa em relação aos poderes públicos, equivalente à que existe quando um dos outros dois critérios alternativos está preenchido (...), de modo a permitir aos poderes públicos influenciarem as decisões do referido organismo em matéria de contratos públicos*. Bastando para tanto, um controlo indirecto sobre as decisões do organismo em matéria de adjudicação dos contratos públicos, para se dar como verificado o controlo da gestão.

Acontece que, *o mero controlo da regularidade ou conformidade*, como também o simples *controlo a posteriori*, não são suficientes para se considerar a existência de um controlo de gestão, uma vez que este pressupõe um controlo permanente que possibilite influenciar directa ou indirecta as decisões do organismo em causa.

Mas *a mera vigilância* das regras de gestão muito pormenorizadas, *pode por si só, levar a que se confira um ascendente muito importante aos poderes públicos*, que não se reduz a um mero controlo da regularidade (v.g. poderes de um ministro responsável pela dissolução de uma entidade de nomear um liquidatário, suspender os seus órgãos dirigentes e nomear um administrador provisório em caso de irregularidades graves *inscrevem-se na política de gestão da sociedade em causa e não no mero controlo de regularidade*). Da mesma

forma que, não se está face a um mero controlo a posteriori quando os poderes públicos controlam não apenas as contas anuais do organismo em causa, mas também a sua gestão corrente na perspectiva da exactidão dos números referidos, da regularidade, da procura de economias, da rentabilidade e da racionalidade e, por outro lado, os mesmos poderes públicos estão autorizados a visitar os locais de exploração e as instalações do referido organismo e a transmitir os resultados desses controlos a uma autarquia que, por intermédio de outra sociedade, detém o capital do organismo em causa.

- Para que ocorra o terceiro dos critérios alternativos é necessário que os órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização do organismo sejam compostos, em mais de metade, por membros designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público.

Registe-se ainda que, as decisões dos Estados-membros de exclusão de um determinado ente que preencha os três requisitos enunciados para a qualificação como organismo de direito público, não podem deixar de ser consideradas como ilegais à luz do direito comunitário e estar sujeitas a acções de responsabilização.

No entanto, o até agora exposto não significa que o direito comunitário obste o uso do direito privado pelos entes que compõem a Administração Pública. Simplesmente, insta a que a Administração Pública só possa utilizar o direito privado quando actue em regime de mercado livre e aberto à concorrência (por outras palavras, quando actue não como Administração, mas como comerciante, fabricante ou industrial). É com base nesta premissa que se consagra no artigo 106.º do *TFUE* o princípio da paridade de tratamento entre as empresas públicas e as privadas, não podendo as primeiras assumir práticas abusivas e/ou usufruir de privilégios, inclusive auxílios públicos, que possibilitem falsear as regras de concorrência de mercado, impondo-se aos Estados-membros para o efeito, especiais obrigações de transparência.

Uma prova dos problemas ainda vigentes em termos de definição das entidades adjudicantes, é o facto de no Anexo III da Directiva dos *Sectores Clássicos* haver disparidades entre os diversos Estados-membros.⁷⁸

E ainda que se tenham verificado progressos nesta matéria, a reforma preconizada pelas Directivas de 2004 deveria ter ido um pouco mais além, em termos de delimitação do âmbito subjectivo do direito comunitário sobre contratação pública, designadamente: deveria ter substituído a designação de *organismo de direito público* pela de *organismo*; deveria acrescer à expressão *personalidade jurídica* as palavras *de direito público ou de direito privado*, de modo a realçar a irrelevância das qualificações nacionais quando contrárias ao direito comunitário; e deveria ter positivado a

⁷⁸ A título de exemplo, observe-se que: a Alemanha incluiu expressamente um grupo de pessoas colectivas de direito privado; na Grécia abrange-se as empresas públicas; enquanto Portugal apenas deu conta de entes de direito público; e a Espanha remete para os organismos e entidades de direito público submetidos à *Ley dos Contratos de Las Administraciones Públicas*, conservando, ainda que parcialmente, a desconformidade que lhe foi apontada pelos Acórdãos de condenação do Tribunal de Justiça de 2003 em relação às fundações públicas.

jurisprudência comunitária referente ao princípio da especialidade do objecto social dos entes instrumentais, bem como ao requisito de dependência de outra entidade adjudicante, por via de uma construção aberta e exemplificativa.

Por último, importa mencionar que em relação aos contratos de empreitada de obras públicas e aos contratos de prestação de serviços relacionados, o legislador comunitário estendeu, em algumas situações, o âmbito de aplicação do regime de contratação pública a entes que não são qualificados como entidades adjudicantes, a saber: nos contratos financiados que preencham as condições enunciadas no artigo 8.º da Directiva n.º 2004/18/CE; e nos contratos de empreitada de obras por concessionários que não sejam entidades adjudicantes com terceiros que preencham as condições enunciadas no artigo 63.º da Directiva n.º 2004/18/CE. Mas em relação a esta última espécie de contratos, tal como se viu no capítulo 4.4, a aplicação do regime comunitário de contratação pública não é integral.

No caso de numa situação concreta ocorrerem, simultaneamente, as duas hipóteses mencionadas no parágrafo anterior, então ter-se-á que observar o regime constante no artigo 8.º da Directiva n.º 2004/18/CE, o qual impõe o cumprimento integral da directiva.

Há ainda uma outra situação em que ocorre uma extensão parcial do regime comunitário da contratação pública, mais concretamente quando, não obstante, o ente não ser uma entidade adjudicante, foram-lhe conferidos direitos especiais e exclusivos de serviço público, e este celebre contratos de fornecimento. Nestes casos, de acordo com o artigo 3.º da Directiva n.º 2004/18/CE, esse ente terá de respeitar, na adjudicação desses contratos com terceiros, o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade.⁷⁹

4.9- Âmbito Subjectivo da Aplicação da Directiva dos *Sectores Especiais*

Um dos aspectos particulares da regulação dos sectores especiais, prende-se com o facto da fixação do seu âmbito subjectivo de aplicação decorrer da junção de um elemento estritamente subjectivo com um elemento funcional.

Pois, a directiva é aplicável às entidades adjudicantes que sejam poderes públicos, empresas públicas e ainda às entidades que, não sendo poderes públicos ou empresas públicas, usufruam de direitos especiais ou exclusivos concedidos por uma autoridade competente de um Estado-membro. Debrucemo-nos sobre cada uma destas entidades.

Segundo os artigos 1.º n.º 8 e 2.º n.º 1 al. a) da Directiva n.º 2004/17/CE são *poderes públicos: o Estado, as autarquias locais ou regionais, os organismos de direito público e as associações formadas por uma ou*

⁷⁹ Neste sentido *vide* Acórdão *Unitron Scandinavia*, de 18/11/1999, proferido no processo n.º C-275/CEE.

mais autarquias locais ou regionais ou por um ou mais organismos de direito público, e as centrais de compras.

Enquanto as empresas públicas são tidas como *qualquer empresa em relação à qual os poderes públicos possam exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante, por motivos de propriedade, participação financeira ou regras que lhe sejam aplicáveis. Presumindo-se a existência de influência dominante quando, directa ou indirectamente, em relação a uma empresa, os poderes públicos: detenham uma participação maioritária no capital subscrito da empresa, ou disponham da maioria dos votos correspondentes às acções emitidas pela empresa, ou possam designar mais de metade dos membros do órgão de administração, direcção ou fiscalização da empresa* (cfr. artigo 2.º n.º 1 al. b) da Directiva n.º 2004/17/CE). Como se pode constatar, foi perfilhada aqui uma noção ampla de empresas públicas, sendo indiferente para o Direito Comunitário a natureza jurídica que as empresas possuam no respectivo ordenamento jurídico nacional, a forma organizativa adoptada, ou a existência ou não de personalidade jurídica. Interessando antes que as referidas empresas possuam capitais públicos.

Cumpre realçar que, para estas entidades adjudicantes valem todas as considerações elaboradas no capítulo anterior a respeito da interpretação funcional de entidades adjudicantes, adoptada pelo Tribunal de Justiça, e do conceito de organismo de direito público na perspectiva das directivas.

Paralelamente, o artigo 2.º n.º 3 da directiva em análise define *direitos especiais ou exclusivos* como constituindo *os direitos concedidos por uma autoridade competente do Estado-Membro em questão, por meio de qualquer disposição legislativa, regulamentar ou administrativa que tenha por efeito reservar a uma ou mais entidades o exercício de uma actividade definida nos artigos 3.º a 7.º e afectar substancialmente a capacidade de outras entidades exercerem essa mesma actividade.*

Além disso, no 25.º Considerando daquela directiva pode-se ler que *não poderão ser considerados, seja sob que forma for, inclusivamente mediante actos de concessão, direitos exclusivos ou especiais os direitos concedidos por um Estado-Membro a um número limitado de empresas com base em critérios objectivos, proporcionais e não discriminatórios, que dêem a qualquer interessado que os satisfaça a possibilidade de beneficiar dos mesmos.*⁸⁰

Quanto ao elemento funcional da delimitação do âmbito subjectivo de aplicação da Directiva dos *Sectores Especiais*, este vem impor que para serem qualificados como entidades adjudicantes, os poderes públicos, empresas públicas e entes que usufruam de direitos especiais ou exclusivos têm de exercer as actividades enumeradas nos artigos 3.º a 7.º da Directiva n.º 2004/17/CE. Sendo certo que se podem dividir estas actividades em dois grupos, em que: num desses grupos encontramos as actividades que para a prestação de serviços públicos pressupõem directamente a utilização de determinadas redes de infra-estruturas (nomeadamente, as actividades relativas ao gás,

⁸⁰ Afigura-se-nos assim notório que, foi acolhida a definição de direitos especiais ou exclusivos tal como interpretada pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *British Telecommunications*, de 12/12/1996, proferido no processo n.º C-302/94.

combustível para aquecimento, electricidade e água, os serviços de transportes e os serviços postais); no outro grupo encontramos actividades que utilizam, na sequência de concessões, uma zona geográfica quer para a prospecção ou extracção de petróleo, gás, carvão ou outros combustíveis sólidos quer para ser usada pelos transportadores aéreos, marítimos ou fluviais (integrando-se neste grupo os aeroportos, portos marítimos ou fluviais ou outros terminais de transporte).

Note-se que se encontram excluídas do âmbito de aplicação da Directiva dos *Sectores Especiais*: as actividades de prestação de serviços de transportes de autocarros (às quais já não se aplicava a Directiva n.º 93/38/CEE), a actividade de produção de água potável para consumo próprio ou para uma alimentação limitada da rede pública por uma entidade que não seja poder público, o mesmo se verificando relativamente à produção de gás e combustível para aquecimento e electricidade (cfr. artigos 3.º n.ºs 2 e 4, 4.º n.º 3 e 5.º n.º 2 da Directiva n.º 2004/17/CE).

O artigo 8.º da Directiva n.º 2004/17/CE remete para os anexos, as listas das entidades adjudicantes de cada Estado-membro, definidas de acordo com os elementos subjectivo e funcional explicitados. Contudo, tal como ocorre na Directiva dos *Sectores Gerais*, estas listas têm valor puramente indicativo, visto que se uma entidade adjudicante preencher aqueles dois elementos fica submetida à aplicação da Directiva dos *Sectores Especiais*, mesmo que não conste dos anexos.

4.10- Âmbito Subjectivo da Aplicação do CCP à Luz das Directivas Comunitárias de Contratação Pública

No ordenamento nacional, em relação aos *sectores gerais*, as entidades adjudicantes encontram-se divididas em duas categorias: por um lado, as entidades integradas no sector público administrativo tradicional, enumeradas no artigo 2.º n.º 1 do CCP; por outro lado, os organismos de direito público enunciados no artigo 2.º n.º 2 do CCP.

Esta segmentação não é de todo inócua em termos de consequências ao nível do regime de contratação pública aplicável.

Na verdade, os organismos de direito público gozam de um regime muito mais flexível do que aquele a que estão sujeitas as entidades adjudicantes abrangidas pelo artigo 2.º n.º 1 do CCP. Senão vejamos:

i) por força do estatuído no artigo 6.º n.º 2 do CCP, quando a entidade adjudicante seja um organismo de direito público, o regime procedimental vertido na Parte II do CCP só é aplicável à formação dos contratos por si celebrados cujo objecto abranja prestações típicas dos contratos de empreitada ou concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação ou aquisição

de bens móveis e aquisição de serviços. Ao passo que, se se tratar de uma entidade adjudicante nos termos do artigo 2.º n.º 1 do *CCP*, ela só beneficia de vantagem semelhante quando estejam em causa contratos interadministrativos cujo objecto abranja prestações típicas dos contratos de empreitada ou concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação ou aquisição de bens móveis e aquisição de serviços.

ii) em relação ao âmbito da contratação abrangida, os limiares até aos quais um organismo de direito público pode optar pelo ajuste directo, na escolha do procedimento em função do valor do contrato, são muito mais elevados do que aqueles que vigoram para as entidades adjudicantes nos termos do artigo 2.º n.º 1 do *CCP* (cfr. artigos 19.º al. a) e 20 n.º 1 al. a) do *CCP*). Esta vantagem não se verifica estando em causa contratos de concessões de obras públicas ou de serviços públicos.

iii) no domínio dos *sectores especiais*, os organismos de direito público, ao contrário das entidades adjudicantes nos termos do artigo 2.º n.º 1 do *CCP*, usufruem do regime mais flexível previsto na Directiva n.º 2004/17/CE, mais propriamente no seu artigo 40.º n.º 3 (transposto para o artigo 33.º *CCP*). Essa maior flexibilidade de regime traduz-se sobretudo na liberdade de escolha do procedimento de negociação em alternativa ao concurso público e ao concurso limitado por prévia qualificação.

Com efeito, por força do artigo 12.º do *CCP*, dá-se uma extensão do âmbito de aplicação das regras especiais sobre contratação nos *sectores excluídos* aos organismos de direito público, mas já não às entidades adjudicantes nos termos do artigo 2.º n.º 1 do *CCP*. Isto significa que o legislador não permite que estas últimas entidades adjudicantes estejam sujeitas a dois regimes distintos, conforme se encontrem a operar nos *sectores gerais* ou nos *sectores especiais*. De modo que, o regime é idêntico quer as entidades adjudicantes nos termos do artigo 2.º n.º 1 do *CCP* se encontrem a contratar nos *sectores gerais*, quer se encontrem a contratar *sectores especiais*.

Urge, ainda, assinalar a diferença entre quando um organismo de direito público celebre um contrato submetido à Parte II do *CCP* por ajuste directo e quando celebra um contrato excluído dessa submissão. De facto, se um organismo de direito público celebra um contrato de empreitada ou concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação ou aquisição de bens móveis ou aquisição de serviços, abaixo dos limiares constantes nos artigos 19.º al. a) e 20 n.º 1 al. a) do *CCP*, pode seleccionar o adjudicatário por ajuste directo; simplesmente, tem de respeitar as disposições do Código que regulam este tipo de procedimento. Já no caso desse organismo de direito público celebrar um contrato que não tenha por objecto as prestações típicas dos contratos enunciados na frase anterior, ou de um hospital E.P.E. celebrar um contrato de empreitada de locação ou de aquisição de bens ou de serviços cujo valor seja inferior aos respectivos limiares

comunitários, a entidade adjudicante não se encontra vinculada, quanto à escolha do adjudicatário, pelo regime constante na Parte II do CCP (cfr. artigos 5.º n.º 3, 6.º n.º 2 e 11.º n.º 1 al. b) do CCP). De modo que, se nestas situações a entidade adjudicante escolher, por hipótese, o ajuste directo, ela não se encontra sujeita ao limite imposto pelo artigo 113.º n.º 2 do CCP⁸¹, nem carece de observar o dever de publicitação estabelecido no artigo 127.º do CCP. Mas não é demais lembrar que, mesmo nos casos de contratação excluída, a entidade adjudicante não fica desonerada de observar os princípios do Tratado na contratação relevante para o direito comunitário.

No que concerne propriamente à delimitação do âmbito subjectivo de aplicação do CCP, cumpre evidenciar que o direito administrativo português tem vindo aos poucos a adaptar-se às exigências impostas pelo direito comunitário abandonado, assim, a clássica distinção entre pessoas colectivas públicas e pessoas colectivas privadas que prossigam interesses de natureza pública, em condições passíveis de limitar ou condicionar a concorrência. Na própria norma preambular do CCP, mais concretamente no § 3 do ponto 2, pode ler-se: *relativamente ao âmbito subjectivo de aplicação das regras da contratação pública, a novidade fundamental diz respeito à rigorosa transposição da noção comunitária de «organismo de direito público» — introduzida de forma a acompanhar o entendimento que tem sido veiculado pela jurisprudência comunitária e portuguesa. Promove-se, pois, a sujeição das entidades instrumentais da Administração Pública às regras dos procedimentos pré-contratuais públicos.*

Se bem que, como sublinha JOÃO CAUPERS, o mencionado processo de adaptação do direito nacional não tem sido imune a diversas relutâncias. São exemplo disso:

a) o D.L. n.º 558/99, de 17/12, cujo objectivo era transpor para o ordenamento jurídico nacional a Directiva n.º 80/723/CEE (modificada pela Directiva n.º 93/84/CEE), mas que no final acabou por não fazer corresponder ao conceito nacional de empresa pública o conceito comunitário de empresa pública, previsto no artigo 2.º daquela directiva;

b) e o D.L. n.º 197/99, de 08/06, cujo objectivo era transpor para o ordenamento jurídico nacional as Directivas n.ºs 92/50/CEE e 93/39/CEE (ambas modificadas pela Directiva n.º 97/52/CEE), mas que no final acabou por consagrar um conceito nacional de pessoa colectiva sem natureza empresarial sem qualquer correspondência com o conceito comunitário de organismo de direito público.⁸²

Mas vejamos, sistematicamente, se a definição de entidades adjudicantes no CCP está em

⁸¹ Segundo o artigo 113.º n.º 2 do CCP, *não podem ser convidadas a apresentar propostas entidades às quais a entidade adjudicante já tenha adjudicado, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de ajuste directo adoptado nos termos do disposto na alínea a) do artigo 19.º, na alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º ou na alínea a) do n.º 1 do artigo 21.º, consoante o caso, propostas para a celebração de contratos cujo objecto seja constituído por prestações do mesmo tipo ou idênticas às do contrato a celebrar, e cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limites referidos naquelas alíneas.*

⁸² JOÃO CAUPERS, *Âmbito de aplicação subjectiva do Código dos Contratos Públicos*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 64, CEJUR, Julho/Agosto 2007, p. 10.

conformidade com a definição de entidades adjudicantes sujeitas à regulação comunitária da contratação pública:

Artigo 2.º n.º 1 do CCP

São entidades adjudicantes: a) O Estado; b) As Regiões Autónomas; c) As autarquias locais; d) Os institutos públicos; e) As fundações públicas, com excepção das previstas na Lei n.º 62/2007, de 10 de Setembro; f) As associações públicas; g) As associações de que façam parte uma ou várias das pessoas colectivas referidas nas alíneas anteriores, desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada pelas mesmas.

- As instituições enumeradas no artigo 2.º n.º 1 do CCP são aquelas que vulgarmente se designam por sector público administrativo tradicional.

- Na alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º do CCP pretende-se abarcar todos os serviços integrados na pessoa colectiva Estado, que prosseguem directamente os fins do Estado, sob direcção e controlo da organização hierárquica da respectiva estrutura orgânica. Estes serviços caracterizam-se por não terem personalidade jurídica própria e, muitas vezes, não gozam de autonomia administrativa e financeira. Trata-se da designada administração pública directa.

- Nas alíneas d) e e) do n.º 1 do artigo 2.º do CCP pretende-se abarcar alguns dos entes criados pelo Estado, que *desenvolvem, com personalidade jurídica própria e autonomia administrativa e financeira, uma actividade administrativa destinada à realização de fins do Estado*.⁸³ Trata-se da designada administração indirecta, a qual está sujeita à intervenção do Governo, na modalidade da superintendência e da tutela, podendo aquele traçar a orientação e definir os objectivos de gestão a prosseguir por estes entes.

- Encontram-se abrangidas pela alínea f) do n.º 1 do artigo 2.º do CCP as associações e federações de municípios, uniões de freguesias, as federações de regiões de turismo, as ordens e câmaras profissionais, associações das profissões liberais, *et cetera*, independentemente de poderem ou não ser qualificadas como organismos de direito público.

- As fundações públicas excluídas do n.º 1 do artigo 2.º do CCP são aquelas que constituam instituições de ensino superior.

- A alínea g) do n.º 1 do artigo 2.º do CCP qualifica de entidade adjudicante (impossibilitando assim que elas sejam tidas como organismo de direito público), toda e qualquer associação de que faça parte uma ou várias pessoas colectivas públicas referidas nas alíneas a) a f) do n.º 1 do artigo 2.º do CCP, desde que ela esteja, por referência aos associados públicos, numa situação análoga àquela que se verifica nos organismos de direito público. Não se exigindo para tal que, estas associações sejam exclusivamente formadas por pessoas colectivas públicas, ou que tenham natureza pública ou privada ou que sejam compostas maioritariamente por associados privados ou públicos.

É que, como acabamos de verificar, a qualificação de um ente como entidade adjudicante nos termos do artigo 2.º n.º 1 do CCP ou como organismo de direito público, tem consequências significativas ao nível procedimental. Além disso, no caso de se estar perante uma pessoa colectiva com substrato associativo, e em virtude do disposto da alínea g) do n.º 1 do artigo 2.º do CCP, a existência de um controlo ou de um financiamento maioritário público, torna desnecessária a comprovação de que se está face a uma entidade que tenha sido criada especificamente para satisfazer as necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, para que os contratos por ela celebrados se encontrem sujeitos à Parte II do CCP.

Enquanto, por argumento *a contrario*, se se tratar de uma pessoa colectiva de substrato fundacional ou societário, ela só poderá ser qualificada como organismo de direito público se se comprovar que ela foi criada especificamente para satisfazer as necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial. E, subsequentemente, se tal ficar demonstrado, ela beneficiará do regime mais flexível consagrado no CCP.

Daí que se tenha excepcionado das associações abrangidas pelo artigo 2.º n.º 1 al. g) do CCP, as associações de direito privado que prossigam finalidades a título principal de natureza científica e tecnológica. Mas isso não obsta a que as instituições de ensino de natureza fundacional sejam qualificadas como organismos de direito público ao abrigo do artigo 2.º n.º 2 al. a) do CCP, quando os requisitos ínsitos nesta norma legal estejam preenchidos.

⁸³ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2005, p. 333.

- Estão também excluídas do âmbito do artigo 2.º n.º 1 do CCP as empresas públicas.
- Como se pode ver, o artigo 2.º n.º 1 do CCP, na mesma linha da Directiva n.º 2004/18/CE, não dá uma noção de entidades adjudicantes, tendo-se optado por elencar quais são os entes que constituem entidades adjudicantes. Ao passo que, no artigo 2.º n.º 2 do CCP encontramos um conjunto de conceitos classificatórios daquilo que se entende por organismos de direito público. Consequentemente, não é possível reencaminhar a categoria de organismos de direito público, entes que não preencham alguns dos pressupostos impostos pela lei.

Artigo 2.º n.º 2 al. a) e n.º 3 do CCP

- São também entidades adjudicantes: a) Quaisquer pessoas colectivas que, independentemente da sua natureza pública ou privada: i) Tenham sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial; e ii) Sejam maioritariamente financiadas pelas entidades referidas no número anterior, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada por aquelas entidades.

- Para os efeitos do disposto na subalínea i) da alínea a) do número anterior, são consideradas pessoas colectivas criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, aquelas cuja actividade económica se não submeta à lógica do mercado e da livre concorrência.

- Quer-se com isto contemplar as pessoas colectivas cuja actividade económica, possuindo um substrato colectivo ou público, não se sujeita à lógica do mercado e da livre concorrência, por força da especial relação que mantêm, directa ou indirectamente, com uma entidade do sector público administrativo tradicional (sobretudo, o Estado ou as autarquias locais).

Isto é, trata-se de pessoas colectivas que não actuam no mercado de forma plenamente concorrencial em comparação com os demais operadores económicos privados, visto usufruírem (ou poderem usufruir) de vantagens ou privilégios conferidos pelas entidades mencionadas no artigo 2.º n.º 1 do CCP (por exemplo, compensações públicas para suportar o risco económico-financeiro de uma determinada actividade), que para além de lhes permitir exercerem a sua actividade numa situação privilegiada em relação aos operadores económicos comuns, são susceptíveis de impedir, restringir ou falsear a concorrência.

Logo, esta especial relação justifica a sua sujeição às normas que regulam a contratação da própria Administração Pública.

- Encontram-se abrangidos no artigo 2.º n.º 2 al. a) do CCP os entes dos sectores empresariais do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais, cuja actividade económica não esteja submetida à lógica do mercado e da livre concorrência e que, simultaneamente, sejam maioritariamente financiadas pelas entidades do sector público administrativo tradicional, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada por aquelas entidades (é o caso da Agência Nacional de Compras Públicas, E.P.E; Empresa de Gestão Partilhada de Recursos da Administração Pública, E.P.E.). Por conseguinte, não se pode excluir em bloco as empresas públicas da qualificação como organismos públicos, mas também não se pode cair na visão simplista de que todas as empresas públicas são obrigatoriamente organismos de direito público. Sendo imprescindível proceder a uma análise casuística perante cada hipótese.⁸⁴

⁸⁴ Recorde-se que, o legislador português afastou em bloco as empresas públicas do âmbito de aplicação do D.L. n.º 197/99, de 08/06 (que operou a transposição das Directiva n.ºs 93/36/CEE, de 14/06 e 92/50/CEE, de 18/06), facultando-lhes a possibilidade de celebrar livremente os contratos de fornecimento de bens e de prestações de serviços de que carecessem. Esta mesma solução foi veiculada no Acórdão do STA, 1.ª secção, de 05/04/2005, proferido no processo n.º 266/05, onde se considerou que a Casa da Música/Porto, 2001, SA, não se encontraria abrangida pelo D.L. n.º 197/99. Tendo sido proferida, assim, uma decisão desconforme ao Direito Comunitário.

O mesmo não sucedeu em relação ao regime dos contratos de empreitada e concessão, já que aqui o legislador fez sujeitar as empresas públicas e as sociedades anónimas de capitais maioritariamente e exclusivamente públicos às disposições do D.L. n.º 59/99, de 02/03 (que operou a transposição da Directiva n.º 93/37/CEE, de 14/06). Ainda que, no artigo 4.º n.º 3 do D.L. n.º 59/99, de 02/03, se preveja a possibilidade de, mediante Decreto-Lei, as referidas entidades serem isentadas da aplicação do diploma, quando se trate de contratos de valor inferior ao dos limiares comunitários.

- Tem-se vindo a entender que são susceptíveis de preencher os pressupostos enunciados no artigo 2.º n.º 2 al. a) do CCP as instituições públicas administrativas, científicas e técnicas, culturais, profissionais, de fins sanitários e sociais.
- É bastante notória a influência do direito comunitário na construção do n.º 3 do artigo 2.º do CCP, cuja função é meramente explicativa daquilo que se entende de por *peças colectivas criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial*. Pretende-se, no fundo, introduzir alguma objectividade a este conceito.
- Nas palavras de JOÃO CARLOS AMARAL E ALMEIDA, *uma entidade satisfaz necessidade de interesse geral com carácter industrial ou comercial sempre que actue no mercado numa situação de livre e plena concorrência com outros operadores económicos privados. (...) O conceito de organismo de direito público constitui um conceito funcional destinado a evitar quaisquer restrições quanto ao âmbito subjectivo de aplicação das próprias directivas*⁸⁵
- Contudo, JOÃO CAUPERS sublinha que o legislador do CCP ao eliminar do texto do n.º 3 do artigo 2.º a frase designadamente as *empresas públicas dos sectores empresariais do Estado, das regiões autónomas ou das autarquias locais e a frase por força da especial relação que mantém, directa ou indirectamente, com as entidades referidas no n.º 1 (...) continua a pretender iludir o âmbito de aplicação subjectiva do direito comunitário, deixando espaço livre para a manipulação conceptual baseada nos conceitos do direito administrativo nacional. Joga assim no continuado equívoco quanto à natureza de certas entidades instituídas pelo Estado: para determinadas finalidades, trata-as como entidades a si alheias, com que nada tem a ver (para a determinação do défice orçamental, nomeadamente); para outras finalidades, trata-as como emanção sua (para evitar ou adoçar a concorrência, designadamente). A ter vingado esta parte do texto que constava inicialmente do Projecto do CCP, estariam integradas no n.º 3 do artigo 2.º daquele diploma pelo menos: as entidades públicas empresariais, que dispõem de personalidade jurídica pública; sociedades comerciais de que o Estado detenha a maioria de capital ou dos direitos de voto ou em que tenha o direito de designar ou de destituir a maioria dos administradores ou dos membros do órgão de fiscalização; empresas públicas municipais, sociedades cujo capital é totalmente detido por um município ou associação de municípios; empresas de capitais públicos, sociedades cujo capital é totalmente público, detido por um município ou associação de municípios e por outras entidades públicas; empresas de capitais maioritariamente públicos, que associam capital de um município ou associação de municípios a uma participação minoritária de capital privado.*⁸⁶
- Importa ainda evidenciar que, na esteira do artigo 1.º n.º 9 da Directiva n.º 2004/18/CE, o artigo 2.º n.º 2 al. a) ii) do CCP está formulado de forma muito aberta, permitindo o alargamento do universo dos organismos de direito público e, consequentemente, das entidades submetidas às regras sobre contratação pública vertidas naquele diploma legal. Desde logo, porque esta norma: não define o que entende por controlo de gestão; não faz qualquer alusão à exigência de permanência relativamente ao terceiro dos seus requisitos; ainda que mencione que o controlo possa ser directo ou indirecto, nada refere se o controlo pode ser exercido isolada ou conjuntamente por várias entidades adjudicantes. Seja como for, não se deve entender que o requisito do controlo de gestão se encontra preenchido pelo simples facto: da maioria dos seus sócios ou associados ser constituída por entidades adjudicantes (salvo se se demonstrar haver uma actuação concertada entre essas entidades); ou quando as prerrogativas de controlo de gestão não resultem de factores contingentes, ou se traduzam numa mera participação qualificada accidental no seu capital.

Artigo 2.º n.º 2 al. b) do CCP

Quaisquer pessoas colectivas que se encontrem na situação referida na alínea a) do artigo 2.º n.º 2 relativamente a uma entidade que seja, ela própria, uma entidade adjudicante nos termos do disposto na mesma alínea.

Mas para um estudo mais aprofundado deste tema vide PEDRO GONÇALVES, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Coimbra, 2007, pp. 23 e segs.; RUI MEDEIROS, *Âmbito do Novo Regime da Contratação Pública à Luz do Princípio da Concorrência*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 69, CEJUR, Maio/Junho 2008, pp.22-28; CLÁUDIA VIANA, *Contratação pública e empresas públicas: direito nacional e direito comunitário*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 52, CEJUR, Julho/Agosto 2005, pp. 8-32.

⁸⁵ JOÃO CARLOS AMARAL E ALMEIDA, *Os Organismos de direito público e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu*, Estudos em Homenagem do Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento, Lisboa, 2006, pp. 643-644.

⁸⁶ JOÃO CAUPERS, *Âmbito de aplicação subjectiva do Código dos Contratos Públicos*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 64, CEJUR, Julho/Agosto 2007, p. 11 e 13.

- Por outras palavras, a qualificação como organismo de direito público não é excluída quando o ente em causa é financiado maioritariamente ou controlado por outro organismo de direito público.

Artigo 2.º n.º 2 al. c) do CCP

As associações de direito privado que prossigam finalidades a título principal de natureza científica e tecnológica, desde que sejam maioritariamente financiadas pelas entidades referidas no artigo 2.º n.º 1, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada pelas mesmas.

- Como vimos, a espécie de associações previstas na al. c) do artigo 2.º n.º 2 do CCP constitui uma excepção às associações previstas na al. g) do artigo 2.º n.º 1 do CCP.

- Na realidade, a única coisa que diferencia as associações enunciadas na al. c) do artigo 2.º n.º 2 do CCP das associações enunciadas na al. g) do artigo 2.º n.º 1 do CCP são as finalidades que prosseguem.

- Por outro lado, ao ter dado relevo às associações de direito privado que prossigam finalidades a título principal de natureza científica e tecnológica, afigura-se que o legislador nacional possui uma concepção ampla daquilo que entende por necessidades de interesse geral.

Sendo certo que, uma concepção mais abrangente das necessidades de interesse geral do que a perspectivada no direito comunitário, decorrente de realidades nacionais e até das suas próprias constituições, não é contrária a este. Apenas uma concepção mais restrita das necessidades de interesse geral do que a perspectivada no direito comunitário, é que pode ser contrária a este.

Artigo 2.º n.º 2 al. d) do CCP

As associações de que façam parte uma ou várias das pessoas colectivas referidas nas alíneas a), b) e c) do artigo 2.º n.º 2, desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada pelas mesmas.

- Por outras palavras, a qualificação como organismo de direito público não é excluída quando está em causa uma associação composta por um ou vários organismos de direito público, desde que tal associação seja maioritariamente financiada por estes, esteja sujeita ao seu controlo de gestão ou tenha um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares sejam, directa ou indirectamente, designados pelos mesmos.

Paralelamente, o legislador nacional alargou ainda o âmbito subjectivo de aplicação do CCP a outras entidades não mencionadas no artigo 2.º Considerando que são ainda entidades adjudicantes no ordenamento nacional:

i) quaisquer entidades não referidas no artigo 2.º ou no n.º 1 do artigo 7.º, desde que se encontrem preenchidos os requisitos enunciados nos artigos 275.º a 277.º do CCP

Com efeito, os artigos 275.º, 276.º e 277.º vieram transpor para o ordenamento nacional os artigos 8.º, 63.º a 65.º e 3.º da Directiva n.º 2004/18/CE, referentes ao regime dos contratos subsidiados, contratos celebrados por concessionários que não sejam entidades adjudicantes e contratos a celebrar por entidades beneficiárias de direitos especiais ou exclusivos no exercício de actividades de serviço público, a que fizemos alusão anteriormente.

ii) quaisquer pessoas colectivas não abrangidas pelo artigo 2.º, que exerçam uma ou várias actividades nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, desde que

preenchem um dos pressupostos enunciados no artigo 7.º n.º 1 do CCP.⁸⁷

Com este dispositivo (que procedeu à transposição para o ordenamento nacional do artigo 2.º da Directiva n.º 2004/17/CE), pretende-se, no fundo, incluir qualquer entidade operadora nos sectores de água, energia, transportes e serviços postais que, em virtude de se encontrar em condições privilegiadas, possam criar situações susceptíveis de impedir, restringir ou falsear a concorrência.

Lembre-se também que, o artigo 12.º do CCP procedeu à extensão do âmbito de aplicação das regras especiais sobre contratação nos sectores especiais aos organismos de direito público que exerçam uma ou várias actividades nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, quando os respectivos contratos digam directa e principalmente respeito a uma ou a várias dessas actividades.

Por conseguinte, é lícito perfilhar o entendimento de que o novo diploma português sobre contratação pública transpôs e respeitou na íntegra as directivas comunitárias sobre o âmbito subjectivo da sua aplicação, não obstante ter retirado as empresas públicas da exemplificação do artigo 2.º n.º 3 do CCP. Mas a verdade é que a tal não estava obrigado, visto as directivas de 2004 não o imporem.

Simplesmente, o legislador do CCP poderia ter especificado melhor os conceitos ínsitos no artigo 2.º n.º 2, positivando na lei nacional as posições da jurisprudência comunitária mais relevantes nesta matéria, até por razões de certeza e segurança jurídica.

De forma que, nesta matéria a doutrina e a jurisprudência nacional vão poder desempenhar papéis fundamentais na interpretação e desenvolvimento desses conceitos.

Uma outra distinção instituída pelo CCP com relevo em termos práticos, é a da contraposição entre entidade adjudicante e contraente público.

Como acabamos de ver, uma entidade adjudicante visa denominar: i) as instituições integrantes do sector público administrativo tradicional enumeradas no artigo 2.º n.º 1 do CCP; ii)

⁸⁷ De acordo com o artigo 7.º n.º 1 do CCP, são ainda entidades adjudicantes: a) *Quaisquer pessoas colectivas não abrangidas pelo artigo 2.º, ainda que criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, com carácter industrial ou comercial, que exerçam uma ou várias actividades nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e em relação às quais qualquer das entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º possa exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante;* b) *Quaisquer pessoas colectivas não abrangidas pelo artigo 2.º que gozem de direitos especiais ou exclusivos não atribuídos no âmbito de um procedimento de formação de contrato com publicidade internacional e que tenham por efeito: i) Reservar-lhes, isolada ou conjuntamente com outras entidades, o exercício de uma ou várias actividades nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais; e ii) Afectar substancialmente a capacidade de quaisquer outras entidades exercerem uma ou várias dessas actividades;* c) *Quaisquer pessoas colectivas constituídas exclusivamente por entidades adjudicantes referidas nas alíneas anteriores ou que sejam por elas maioritariamente financiadas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada por aquelas entidades, desde que se destinem ao exercício em comum de actividade nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.*

os organismos de direito público que cumpram com as condições enunciadas no artigo 2.º n.º 2 do *CCP*; *iii*) quaisquer pessoas colectivas não abrangidas pelo artigo 2.º, que exerçam uma ou várias actividades nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais desde que preencham um dos pressupostos enunciados no artigo 7.º n.º 1 do *CCP*.

Enquanto, um contraente público é a designação dada a qualquer entidade do sector público administrativo tradicional que, independentemente da sua natureza pública ou privada, celebre contratos no exercício de funções materialmente administrativas. Assim, uma vez celebrado o contrato, as entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º n.º 1 do *CCP* passam a designar-se contraentes públicos. Ao passo que, os organismos de direito público e as entidades adjudicantes não abrangidas pelo artigo 2.º do *CCP* que operem nos sectores especiais, para passarem a ser considerados contraentes públicos, têm ainda de preencher a condição discriminada no artigo 3.º n.º 2 al. b) do *CCP* ou no artigo 8.º do *CCP*, respectivamente. Ou seja, os contratos por si celebrados carecem de ser, por vontade das partes, qualificados como contratos administrativos ou submetidos a um regime substantivo de direito público. Como se pode constatar, estes dispositivos inspiraram-se claramente na al. f) do n.º 1 do artigo 4.º do *ETAF*.

O artigo 3.º n.º 2 do *CCP* estipula ainda que, *são também contraentes públicos quaisquer entidades que, independentemente da sua natureza pública ou privada, celebrem contratos no exercício de funções materialmente administrativas*, isto é, no exercício de actividade de funções públicas, com os respectivos poderes de autoridade (como sucede com um conjunto de entidades privadas que exercem actividades integradas no domínio de actuação da Administração Pública, tais como as empresas concessionárias de obras e de serviços públicos, instituições de solidariedade social, as sociedades anónimas de capitais públicos, *etc.*).

Seja como for, regra geral, o regime de contratação pública estabelecido na Parte II do *CCP* é aplicável à formação: de quaisquer contratos públicos enunciados nos artigos 6.º e 11 do *CCP* que sejam celebrados pelas entidades adjudicantes enumeradas nos artigos 2.º e 7.º do *CCP*; bem como aos contratos de empreitada de obras públicas, de aquisição de serviços e de locação ou de aquisição de bens móveis celebrados por entidades não abrangidas nos artigos 2.º ou 7.º, desde que satisfaçam as condições explanadas nos artigos 275.º a 277.º do *CCP*, respectivamente. Ao passo que, o regime substantivo dos contratos públicos apenas é aplicável aos contratos que assumam a natureza de contrato administrativo. Por outras palavras, enquanto os contraentes públicos que celebrem contratos administrativos estão sujeito às normas constantes na Parte II e III do *CCP* (estando, por isso, submetidas ao regime procedimental relativo à fase da formação do contrato, bem como ao regime substantivo), as entidades adjudicantes que não sejam contraentes públicos estão sujeitas somente ao regime procedimental vertido na Parte II do *CCP*.

5.1- Princípios Subjacentes ao Regime Jurídico do Contrato Administrativo

Tradicionalmente, a doutrina tem considerado que a Administração beneficia de determinados poderes de autoridade durante a execução e extinção dos contratos administrativos, a que vulgarmente se designa por poderes exorbitantes. Esta posição baseia-se na ideia de que o regime especial dos contratos administrativos decorre de um certo número de princípios que dominam a própria natureza jurídica de tais contratos. Sendo, por isso, duas realidades indivisíveis.

Além disso, o próprio critério e grau de autonomização do contrato administrativo em relação aos contratos civis sempre esteve profundamente dependente, em termos de causa e/ou consequência, do regime jurídico do contrato administrativo.

Acontece que, desde a criação do contrato administrativo pela doutrina francesa que permanentemente foi debatido o problema da repartição do contencioso administrativo entre os tribunais judiciais e os tribunais administrativos. O que conduziu ao surgimento de critérios gerais de repartição de competências, em que se tentava conciliar a delimitação da competência jurisdicional com a questão do direito aplicável à resolução do litígio (Direito Público/Direito Privado).

Reconheceu-se, assim, que a Administração podia implementar actividades específicas, que deviam ser reguladas por um regime jurídico especial, como também actividades semelhantes às dos particulares que deviam ser reguladas pelo Direito Comum. Por sua vez, isto deu início a um processo interminável de busca de um critério unitário, susceptível de diferenciar de forma inequívoca os contratos administrativos dos contratos privados, iniciando-se deste modo o processo de substantivização do contrato administrativo⁸⁸. Nesta medida, em matéria de contratos administrativos, o momento da explicação substantiva verificou-se posteriormente ao da autonomização processual.

E não se julgue que a resposta a este problema teórico é estéril, pois em última análise, da sua solução depende a afirmação da eventual “dispensabilidade” da figura do contrato administrativo.

De acordo com LAUBADÈRE, os mencionados princípios subjacentes à natureza jurídica do contrato administrativo que determinam as linhas essenciais do seu regime jurídico seriam os seguintes: *i)* princípio do *consensualismo*; *ii)* princípio das *exigências do serviço público*; *iii)* princípio da *conciliação entre poder público e contrato*; *iii)* princípio da *mutabilidade do contrato administrativo*; *iv)* princípio

⁸⁸ A título meramente exemplificativo, refira-se os critérios: da natureza jurídica das partes; do objecto de serviço público; da sujeição; das cláusulas exorbitantes; da forma e formalidades; estatutário; da jurisdição competente; *etc.* Para um estudo mais aprofundado sobre esta matéria *vide* MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 71-110.

do *equilíbrio honesto das prestações*.⁸⁹

Com base neste rol de princípios, vários autores tentaram extrair aqueles que seriam verdadeiramente fundamentais. GARRIDO FALLA, por exemplo, entende que os princípios determinantes são: *i)* princípio do contrato como *lex inter partes*; *ii)* princípio da *mutabilidade do contrato administrativo*; *iii)* princípio da *Administração-poder e do contraente-colaborador*.⁹⁰

Todavia, pode-se considerar que foram essencialmente dois os princípios fundamentais segundo os quais a doutrina tradicional traçou todo o regime jurídico exorbitante do contrato administrativo, nomeadamente: princípio do *consensualismo* e o princípio da *prossecução do interesse público*.

Posteriormente, a doutrina acrescentou o princípio do equilíbrio financeiro para obviar a posição de especial insegurança em que o particular se encontra, em virtude da sua vinculação às vicissitudes do interesse público.

Nos termos do princípio do consensualismo, o contrato é sempre, independentemente de ser administrativo ou civil, *a expressão da intenção comum das partes* (LADBADÈRE)⁹¹. O principal corolário decorrente deste princípio é o de que, o conteúdo das obrigações das partes deve ser estabelecido em função da vontade por estas manifestada, aquando da celebração do contrato. Isto implica que, o contrato administrativo fique sujeito às regras gerais de interpretação dos negócios jurídicos consagradas no Código Civil e de acordo com as quais o juiz deve procurar sempre determinar a vontade das partes, para resolver eventuais dúvidas ou contradições.

Nesta matéria, a especificidade do regime dos contratos administrativos reside na introdução de *atenuantes e derrogações ao princípio segundo o qual o contrato constitui, nos termos estritos em que foi concluído, a lei imutável das partes* (LADBADÈRE).⁹²

Ora, dado os contratos administrativos constituírem negócios jurídicos bilaterais, nada mais lógico que as regras que devem presidir à sua interpretação serem, em primeiro lugar, as fixadas para a interpretação dos negócios jurídicos constantes no Código Civil. Porém, esta espécie de contratos têm natureza específica, implicando, por isso, que o direito administrativo consagre desvios pontuais às referidas regras gerais do Código Civil.

Esta é também a solução consagrada no nosso ordenamento jurídico (cfr. artigo 280.º n.º 3 do CCP).

No que respeita ao princípio da prossecução do interesse público, ele é um elemento inerente

⁸⁹ Vide ANDRÉ LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif*, I, 9 L.G.D.J., Paris, 1984, pp. 699 e segs.

⁹⁰ Vide GARRIDO FALLA, FERNANDO - *Tratado de Derecho Administrativo*, II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980, pp. 1001 e segs.

⁹¹ Vide ANDRÉ LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif*, I, L.G.D.J., Paris, 1984, pp. 699.

⁹² Vide ANDRÉ LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif*, I, L.G.D.J., Paris, 1984, p. 407.

a qualquer contrato administrativo. Deste princípio derivam três características essenciais para o regime jurídico desta espécie de contratos, designadamente: *i)* mutabilidade do contrato administrativo; *ii)* o entendimento de que o contraente particular é um colaborador da Administração; *iii)* o exercício pela entidade pública de prerrogativas de autoridade.

Na verdade, foi a partir da ideia de prossecução do interesse público que a doutrina sempre legitimou a natureza essencialmente flexível do contrato administrativo, em comparação com a maior rigidez dos contratos privados. Assim, em virtude do contrato administrativo ser sempre celebrado para a prossecução de um determinado interesse público, ele tem de possuir maleabilidade, por forma a poder ajustar-se e acompanhar as próprias transformações de que esse interesse é objecto.

Este carácter de mutabilidade subjacente ao contrato administrativo fundamenta diversos aspectos do regime jurídico do contrato, a saber: *de elemento de interpretação a fonte de novação das obrigações das partes ou de condição de exercício de poderes exorbitantes da Administração a fundamento de direitos pecuniários do particular* (LADBADÈRE).⁹³

Por outro lado, é igualmente por força do princípio da prossecução do interesse público que se sustenta o entendimento de que o particular assume uma posição de verdadeiro colaborador da Administração. No entanto, este estatuto vai para além do mero auxílio na execução das tarefas administrativas, visto na doutrina ser recorrente a atribuição à Administração do direito de exigir ao seu co-contraente um esforço e uma diligência superiores ao que seria exigível num contrato privado. Em contrapartida deste ónus, sempre se concebeu mecanismos especiais de apoio da Administração ao seu contraente particular.

Mas a principal consequência desta associação do particular à prossecução do interesse público consiste na sua vinculação à própria mutabilidade do contrato administrativo. Deste modo, o particular ao concordar em tornar-se colaborador da Administração, compromete-se forçosamente a acompanhar as próprias mutações do interesse público, ajustando as suas prestações às novas exigências.

Por fim, do princípio da prossecução do interesse público resulta ainda aquele que é tido como o elemento mais singular do regime jurídico do contrato administrativo: o exercício de prerrogativas de autoridade pela Administração. Ou seja, a Administração, enquanto guardiã do interesse público, tem a aptidão de recorrer ao exercício dos seus poderes públicos para fiscalizar, impor alterações ou sancionar a actividade do seu contratante particular.

Neste sentido, é lícito afirmar-se que este princípio da prossecução do interesse público se exterioriza, através de um conjunto de factores do regime jurídico do contrato administrativo, que

⁹³ Vide ANDRÉ LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif*, I, L.G.D.J., Paris, 1984, p. 407.

equivalem à trilogia clássica dos princípios consagrados pela Escola do serviço público, nomeadamente: os princípios da continuidade, da adaptação e do primado do serviço público⁹⁴.

Desta forma, a doutrina sempre construiu o regime jurídico do contrato administrativo com base na premissa de que o interesse público deve ser assegurado sem interrupções, o que legitima que se possam impor adaptações por parte do contraente privado e que, na eventualidade de conflito, deve predominar o interesse público.

Quanto ao princípio do equilíbrio financeiro, ele visa compensar o contraente particular das inconveniências inerentes da sua vinculação às vicissitudes do interesse público. Pelo que, no decurso da execução do contrato deve ser sempre garantido ao particular um equilíbrio entre ónus e vantagens, nos mesmos moldes em que ele se baseou para tomar a decisão de contratar com a Administração.

Exorbitante - *do Lat. exorbitante; adj. 2.º gèn., que sai da órbita, dos limites normais; excessivo, exagerado, demasiado; desmedido, imoderado.*⁹⁵

5.2- Principais Peculiaridades do Regime do Contrato Administrativo

A partir dos princípios supra citados, a doutrina edificou progressivamente um regime jurídico dito exorbitante face ao Direito Privado em matéria de: *i)* regras sobre capacidade jurídica contratual, processo de formação da vontade negocial e escolha do contraente privado; *ii)* princípios subjacentes à execução do contrato e deveres especiais do particular; *iii)* regras sobre a celebração do contrato e sua forma; *iv)* regras especiais quanto a condições de dificuldade ou impossibilidade de execução do contrato; *v)* regras sobre o exercício de prerrogativas de autoridade pela Administração, na execução ou extinção do contrato.

⁹⁴ A estabilidade traduz-se em exigências de respeito pelo contrato e de respeito pelo procedimento pré-contratual e suas implicações para além da própria celebração do contrato.

Corolário da estabilidade é, por exemplo, o dever de o co-contraente exercer pessoalmente a actividade contratada, não podendo, sem a necessária autorização da entidade pública, ceder a terceiro a sua posição contratual.

Corolário da estabilidade é também toda a teia de exigências de que a lei rodeia o exercício, em nome da adaptabilidade do contrato à prossecução do interesse público, do poder de modificação unilateral das prestações.

Com efeito, o reconhecimento de um direito à estabilidade do contrato justifica que a lei obrigue a entidade pública contratante a repor o equilíbrio financeiro do contrato, protegendo não apenas os interesses económicos do contratante particular, mas também o seu interesse à estabilidade do contrato, o que se traduz na imposição de limites e condições ao exercício de tais poderes.

⁹⁵ Definição retirada de http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx, em 18/02/2009.

Em suma, pode dizer-se que o regime jurídico dos contratos administrativos é composto por normas que concedem prerrogativas especiais de autoridade à Administração Pública e, em compensação, por normas que estabelecem a esta deveres ou sujeições especiais. É que se, por um lado, na formação do contrato administrativo, a Administração encontra-se subordinada a limitações e restrições muito maiores do que aquelas que recaem sobre os particulares em geral no âmbito do direito privado (por exemplo em termos de: competência para contratar; obtenção do mútuo consenso; autorização para a realização das despesas públicas inerentes ao contrato; forma e formalidades do contrato administrativo). Por outro lado, na execução do contrato administrativo a Administração surge investida em poderes de autoridade de que os particulares não beneficiam no âmbito do direito privado. Já na fase da extinção do contrato administrativo, há um equilíbrio entre os poderes de autoridade e as garantias do contratante particular, na medida em que ocorrendo a rescisão unilateral por parte da Administração Pública por razões de interesse público (nunca no caso de rescisão-sanção) o particular terá direito a justa indemnização susceptível de restabelecer o equilíbrio financeiro perturbado, abrangendo os danos emergentes e os lucros cessantes; enquanto no caso de força maior, o co-contratante fica exonerado de cumprir as suas obrigações.

A maioria destas normas não encontra ainda integral analogia no direito civil, ou pelo menos com o mesmo âmbito ou extensão.

Note-se que, foi realmente partindo das prerrogativas de autoridade da Administração e do facto da sua pretensa incompatibilidade com o direito contratual privado, que a doutrina instituiu o regime exorbitante do contrato administrativo e fundamentou a sua autonomia em relação aos contratos privados.

Ao longo dos tempos, têm sido inúmeras as sugestões doutrinárias, mais ou menos completas, a identificar estas prerrogativas de autoridade. Porém, as prerrogativas geralmente reconhecidas à Administração são: *i)* poder de interpretação do contrato; *ii)* poder de fiscalização; *iii)* poder de direcção; *iiii)* poder de sanção; *v)* poder de modificação unilateral do contrato; *vi)* poder de rescisão unilateral do contrato.

Saliente-se, desde logo, que mesmo os partidários da Teoria Clássica do Contrato Administrativo reconhecem que, em relação às quatro primeiras categorias de poder, não há verdadeiramente qualquer antagonismo com as noções de base que caracterizam o contrato, já que o que está em causa é apenas assegurar o seu respeito. O único aspecto específico destes poderes é apenas o facto de a Administração poder exercê-los independentemente de previsão legal.

O mesmo não sucedendo em relação às duas últimas categorias enunciadas. Efectivamente, o poder de modificação e de rescisão unilateral do contrato são as características verdadeiramente distintivas do contrato administrativo, visto no seu âmbito a Administração recorrer às suas

prerrogativas públicas para intervir na execução do contrato. Este é o domínio onde *o regime jurídico da execução do contrato administrativo se afasta ao máximo do dos contratos de direito privado (...) e onde parece mais difícil conciliar a própria noção de contrato com a de privilégios de direito público sem sacrificar algo da primeira* (LAUBADÈRE).⁹⁶

De facto, é inegável a existência de contratos de direito privado para cuja execução os contraentes gozam de poderes legais, que lhes permitem impor unilateralmente a sua vontade perante o co-contratante, independentemente da emanação de sentença judicial confirmativa (como sucede, por exemplo, nos contratos de trabalho, de prestação de serviços, de sociedade). Mas trata-se de casos excepcionais e em que as declarações de direito privado emanadas nestas espécies de contrato não constituem títulos executivos, ao contrário do que se verifica com os actos praticados no exercício dos poderes dos contraentes públicos no seio dos contratos administrativos.

Por outro lado, não cremos, como uma parte da doutrina, que a recusa do exercício dos poderes de autoridade ao contratante público nos contratos de direito privado da Administração, se afigura como inconstitucional nos termos do artigo 266.º n.º 1 da *CRP*, em virtude de nestes contratos se visar também, em regra, a prossecução do interesse público.

Porém, a jurisprudência administrativa dominante tem o entendimento, ao qual aderimos, que a prática de actos administrativos no âmbito de contratos de direito privado implica o vício de usurpação de poderes.

Pela análise das designadas "prerrogativas da Administração" vou tentar demonstrar que ainda hoje faz sentido continuar a considerar que a sua natureza jurídica e/ou conteúdo são incompatíveis com o Direito Privado, ainda que em termos diferentes dos que originariamente eram defendidos pela Teoria Clássica do Contrato Administrativo. Pois, nas últimas décadas temos assistido a fenómenos, quer no direito civil, quer no direito administrativo, que têm atenuado o carácter exorbitante dos contratos administrativo e diluído a fronteira entre estes e os contratos privados.

5.3- Prerrogativas da Administração no Ordenamento Jurídico Português

Actualmente no ordenamento jurídico português estão previstos cinco poderes de autoridade, a saber: o poder de modificação unilateral; o poder de direcção da execução; o poder de rescisão unilateral; o poder de fiscalização da execução; e o poder de aplicar sanções pela inexecução do contrato (artigo 302.º do *CCP*, que corresponde ao antigo artigo 180.º do *CPA*). Em 1996, foi retirado à Administração a prerrogativa do privilégio de execução prévia e foi atribuído apenas um

⁹⁶ Vide ANDRÉ LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif*, I, L.G.D.J., Paris, 1984, p. 710.

carácter geral à natureza opinativa dos actos administrativos interpretativos de cláusulas contratuais.

O artigo 302.º do *CCP* mais não fez do que consagrar aquelas que, de há muito, eram consideradas como as tradicionais *prerrogativas de autoridade* ou *poderes exorbitantes* da Administração, a propósito dos contratos administrativos. Assim, esta disposição legal, em si mesma, não acrescenta nada de novo àquela que era a opinião tradicional da doutrina, limitando-se a reconhecer à Administração contraente poderes de auto-tutela declarativa, em relação a determinadas matérias contratuais.

Isto significa que as entidades públicas podem praticar actos administrativos “destacáveis”, no que diz respeito à execução e à extinção do contrato, actos esses que são obrigatórios para o contraente particular. No entanto, se o particular não acatar voluntariamente tal decisão unilateral do contratante público, este, para obter a prestação contratual em falta, precisa de suscitar a intervenção do tribunal em sede executiva, salvo no que concerne aos actos de resgate e sequestro das concessões e de resolução dos contratos (cfr. artigos 307.º e 309.º do *CCP*).

No fundo, o regime substantivo do recente *CCP* recupera, nos seus aspectos fundamentais, o aglomerado de princípios do contrato administrativo de matriz jurisprudencial francesa. Querendo com isto evidenciar a consagração de um regime jurídico que, no seu âmago, se distingue por atribuir à entidade pública uma posição de supremacia jurídica sobre o seu co-contraente, através da qual ela passa a usufruir de prerrogativas que desequilibram as posições das partes e em que estamos num domínio de poder versus sujeição e não de direito versus dever.

Cumpra ainda esclarecer que, o facto de um contrato ser classificado como administrativo não implica necessariamente o reconhecimento na titularidade do contraente público de todos os poderes enunciados no artigo 302.º do *CCP*. De facto, uma lei especial ou a natureza do próprio contrato pode eliminar total ou parcialmente aqueles poderes. Aliás, esta hipótese encontra-se expressamente ressalvada no proémio do artigo 302.º do *CCP*. Desta forma, os diferentes poderes de autoridade do contratante público não têm, obrigatoriamente, de coexistir em simultâneo em todo e qualquer contrato administrativo, estando a cargo da lei, da jurisprudência e da doutrina determinar as situações em que a natureza do contrato impede o exercício de um ou de outro poder.

Efectivamente, é isso que se verifica quando estamos perante a celebração de contratos com objecto passível de acto administrativo, ou um contrato sobre o exercício de poderes públicos, ou um contrato interadministrativo em que os contraentes públicos contratam num plano de igualdade jurídica (*vide* artigos 337.º a 338.º do *CCP*). Mas enquanto nos contratos interadministrativos nenhum dos contraentes públicos se encontra investido das prerrogativas de autoridade, já nos contratos sobre o exercício de poderes públicos a lei apenas parece permitir a contratualização de

alguns aspectos dessas prerrogativas, sem contudo autorizar a sua exclusão.

Além disso, a alusão ínsita no artigo 302.º do CCP de que o *contraente público pode, nos termos do disposto no contrato e no presente Código*, deve ser interpretada da seguinte forma: as partes têm a faculdade de definir os contornos exactos sobre o modo de exercício dos poderes exorbitantes enunciados na lei (por exemplo: as partes podem acordar a forma como o poder de dirigir a execução das prestações será exercido), sem que isso se traduza numa restrição contratual do âmbito desses mesmos poderes com carácter definitivo (por exemplo: as partes não podem acordar que o contraente público deixa de gozar os poderes de modificação ou de resolução unilateral). Ou seja, o exercício desta faculdade não pode conduzir ao desvirtuamento do regime exorbitante conferido pela lei, sob pena de violação dos princípios da contratação pública que enformaram as soluções jurídicas criadas pelo legislador do CCP e de se estar a esvaziar o conteúdo do artigo 310.º do CCP (regulador da matéria dos acordos endocontratuais). Pois, salvo em relação ao poder de aplicar sanções, estamos no domínio dos poderes inerentes à função do contrato (veja-se a ressalva inicial, expressa no corpo do preceito, respeitante à *natureza do contrato*), sendo por isso poderes-deveres, dos quais a Administração não pode lançar mão, na medida em que os mesmos estão funcionalizados à prossecução do interesse público. Representam poderes inatos ao contrato administrativo, pelo que existem, não obstante a ausência de previsão contratual e impõem-se contra a (eventual) rejeição prevista no contrato. Mostram-se, por isso, indisponíveis às partes.⁹⁷

Estamos assim num campo onde há prevalência da dimensão da legalidade sobre a dimensão da autonomia, ainda que sob a estrita tutela dos princípios da prossecução do interesse público, da igualdade e da proporcionalidade.

E nem se julgue que este é caso único de prevalência do interesse público, uma vez que o mesmo ocorre relativamente à imperatividade do acto administrativo (de autoridade) e à causa legítima de inexecução de sentença condenatória da Administração, sem prejuízo para a sua adstrição à juridicidade, ao controlo jurisdicional da sua actuação ou à responsabilidade que desta possa resultar.

Do conteúdo do artigo 302.º do CCP, deduz-se ainda que *mesmo que tais poderes não existam, nem por isso o contrato deixa de ser administrativo, certo sendo que, se existirem, o contrato será necessariamente administrativo*.⁹⁸

Paralelamente, além dos poderes mencionados no artigo 302.º do CCP, podem, certamente, existir nos contratos administrativos outros poderes ou direitos exorbitantes, entre o contraente administrativo e particular (por exemplo: estabelecimento do poder administrativo de denúncia,

⁹⁷ Neste sentido *vide*, entre outros, PEDRO GONÇALVES, *A Relação Jurídica Fundada em Contrato Administrativo*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 64, CEJUR, Julho/Agosto 2007, pp. 36 segs.

⁹⁸ JORGE ANDRADE SILVA, *Código dos Contratos Públicos – Comentado e Anotado*, Almedina, 2008.

com efeitos imediatos e vinculativos, e sem qualquer indemnização, previsto no regime legal de certos contratos de arrendamento de bens do domínio do Estado).

Como já se referiu, as prerrogativas de autoridade da Administração foram concebidas originariamente para os contratos de colaboração de matriz francesa, os quais têm por finalidade associar o particular, de forma duradoura, à realização de actividades de interesse público⁹⁹. Todavia, tal como é constatado por MARK BOBELA-MOTA KIRKBY, *o legislador não parece ter desejado excluir em bloco os contratos de subordinação*¹⁰⁰ *do âmbito de aplicação da norma, já que, designadamente, ao contrário da salvaguarda que introduziu no art. ° 182.º, não reservou a aplicação do art. ° 180.º "aos contratos que visem associar um particular ao desempenho regular de atribuições administrativas" (...) a partir da análise da estrutura dos contratos de subordinação, é possível descortinar uma utilidade abstracta na aplicabilidade dos poderes de autoridade em apreço.*¹⁰¹

Realce-se ainda que, nos contratos substitutivos de actos administrativos constitutivos de direitos, se deverá ter em atenção o exercício do poder de rescisão unilateral por motivos de interesse público, uma vez que a utilização aqui do contrato poderá constituir uma ardileza para contornar o regime de revogação de actos administrativos constitutivos de direitos válidos previsto no artigo 140.º do CPA (por exemplo: um contrato de urbanização, pelo qual o particular, em troca da licença de loteamento, se compromete a construir determinadas infra-estruturas básicas).

Nestes casos, e por motivos de salvaguarda, o CCP manda aplicar a estes contratos o regime de invalidade do acto administrativo (cfr. artigo 285.º n.º 1 do CCP). No que concerne às demais prerrogativas de autoridade e quando a espécie do contrato de subordinação em causa justificar a sua utilização, não existe nenhum obstáculo a que se considerem aplicáveis aos contratos de subordinação.¹⁰²

⁹⁹ Conforme SÉRVULO CORREIA explica, in *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987, pp. 420 e 421, *os contratos de colaboração são aqueles pelos quais uma das partes se obriga a proporcionar à outra uma colaboração temporária no desempenho de atribuições administrativas, mediante remuneração. Nestes contratos, a prestação fundamental é a do co-contratante da pessoa colectiva primariamente incumbida das atribuições cujo desempenho efectivo se trata de assegurar. Enquanto, os contratos de atribuição são aqueles contratos que têm por causa-função atribuir uma certa vantagem ao co-contratante da Administração, mediante contrapartida. Nestes contratos, a prestação da Administração é que é essencial e caracterizadora e as do administrado são apenas a contrapartida, ou uma consequência, ou uma condição da vantagem recebida. Neles, o interesse público é prosseguido mais através dos direitos conferidos ao contraente particular do que as obrigações que assume (v.g. concessão de uso privativo do domínio público, acordos de cooperação com IPSS).*

¹⁰⁰ Contratos de subordinação são aqueles que envolvem a concertação entre Administração e os particulares na conformação de determinada situação jurídica, que poderia ser definida unilateralmente por aquela através do exercício do poder administrativo. Por oposição a esta categoria de contratos, surgem os contratos com objecto passível de contrato de direito privado.

¹⁰¹ MARK BOBELA-MOTA KIRKBY, *Contratos Administrativos de Subordinação: natureza, funções e limites*, AAFDL, Lisboa, 2002, p. 135.

¹⁰² MARK BOBELA-MOTA KIRKBY, *Contratos Administrativos de Subordinação: natureza, funções e limites*, AAFDL, Lisboa, 2002, p. 135, acrescenta ainda que *relativamente aos outros poderes e quando o tipo do contrato em*

Cumpra também evidenciar que, inversamente ao *CPA*, o novo diploma sobre contratação pública não se limita a discriminar os poderes exorbitantes de que o contraente público usufrui no seio de um contrato administrativo. Pois ele foi mais além, estabelecendo regras básicas sobre os vários poderes que confia ao contratante público, algumas das quais já vinham sendo reconhecidas pela jurisprudência e pela doutrina, enquanto outras assumem carácter inovador.

Analisemos, então, o conteúdo de cada um dos poderes enunciados e determinemos até que ponto eles são ou não exorbitantes em comparação aos dos contratos de direito privado.

5.3.1- Poder de Modificação Unilateral

Conforme estipula o artigo 311.º do *CCP*, a modificação do contrato pode dar-se por via negocial, por decisão judicial ou arbitral, ou por actuação do poder de modificação unilateral da Administração.¹⁰³

Por seu turno, a al. c) do artigo 302.º do *CCP*¹⁰⁴ determina que *o contraente público pode modificar unilateralmente as cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público.*

Esta prerrogativa tem por finalidade adaptar as prestações à melhor prossecução do interesse público visado pelo contrato. Por outras palavras, o poder de modificação unilateral das prestações possibilita à entidade pública contratante, enquanto parte do contrato, com fundamento na lei e mediante sujeição a limites e contrapartidas, modificar as prestações contratuais, quer qualitativa, quer quantitativamente, tentando adaptá-las a novas exigências do interesse público. Ora, como se viu anteriormente, este último implica simultaneamente uma ideia de estabilidade e uma ideia de adaptabilidade.

No fundo, estamos perante o fenómeno a que a doutrina designa por *ius variandi, fait du Prince*¹⁰⁵ ou *factum principis*.¹⁰⁶

causa o justificar (o que sucederá apenas nos contratos sinalagmáticos de que trata o art.º 56.º da Lei de Procedimento alemã), não se vê nenhum óbice a que se considerem aplicáveis aos contratos de subordinação.

¹⁰³ Regra geral, a decisão judicial decorre, entre outras: da impossibilidade de alcançar a modificação por via negocial; do desenlace de um processo de impugnação de um acto administrativo que determine a modificação unilateral por razões de interesse público desfavorável ao co-contratante; da decisão favorável de um pedido apresentado pelo co-contratante, no sentido da modificação do contrato cujo equilíbrio se quebrara por superveniência de circunstâncias fácticas imprevisas que tornaram o seu cumprimento, nos termos iniciais, demasiado oneroso.

¹⁰⁴ Corresponde, *lato sensu*, à antiga al. a) do artigo 180.º do *CPA*.

¹⁰⁵ Expressão histórica oriunda do absolutismo (ainda que, aí, se aplicasse noutro contexto), que pretende transmitir a ideia do poder real de incumprir os pactos.

¹⁰⁶ MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1980, p. 637,

A justificação do poder de modificação unilateral reside no facto da generalidade dos contratos administrativos se prolongarem no tempo. E, muitas vezes, durante a sua execução ocorrem alterações profundas às condições e circunstâncias em que foram subscritos, de tal modo que o que foi inicialmente acordado entre as partes já não permite cumprir cabalmente a prossecução do interesse público. Basta pensarmos nos exemplos históricos da iluminação pública de Bordéus e de *Déville-lès-Rouen*, bem como do concessionário de transporte colectivo em "carros eléctricos", a que se fez referência anteriormente.

Contudo, este tipo de situações também se pode verificar nos contratos de duração mais reduzida, quando as prestações devidas originariamente pelo co-contratante passem a ser, do ponto de vista quantitativo, insuficientes face às exigidas pelo interesse público.

Daí que, o poder de modificação unilateral se funde no poder-dever irrenunciável de avaliação estratégica das prioridades de interesse público por parte da Administração, tendo assim natureza extracontratual.

O poder de alteração de alteração unilateral do contrato, juntamente com o poder de resolução unilateral pelo contraente público, é a causa mais forte a contrariar o princípio da estabilidade do contrato.

A maioria da doutrina e das legislações têm reconhecido à Administração este direito de alterar as prestações devidas pelo contraente particular, o qual sempre foi concebido como a mais expressiva de todas as prerrogativas exorbitantes da Administração. Este reconhecimento remonta já ao séc. XIX, ou seja, a uma época em que a natureza dinâmica da relação contratual era inteiramente desconhecida pela doutrina jus-privatista. Desde então, nunca mais este *fait du prince* se livrou das conotações de situação excepcional, exorbitante e inconciliável com o Direito Privado, apesar de aos poucos o seu âmbito ter sido significativamente atenuado, através de elucidações acerca da sua noção e, principalmente, em virtude da introdução de vários limites ao seu exercício.

Aliás, autores como SÉRVULO CORREIA vêem no poder de modificação uma exteriorização, não de um instrumento de actuação administrativa em especial, mas antes da própria função administrativa enquanto função constitucionalmente investida da missão de contínua optimização das formas de prossecução dos interesses públicos. Constituindo por isso num

definiu este poder como o direito da Administração de introduzir unilateralmente certas modificações no regime das prestações a fazer pelos particulares a quem esteja vinculada por contrato administrativo. Enquanto para WALINE, citado por AUGUSTO DE ATHAYDE, *Poderes Unilaterais da Administração sobre o Contrato Administrativo*, Editora Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1981, p. 12, o *fait du Prince* é um acto da autoridade pública agravando, sem culpa, a situação do co-contratante de uma entidade pública. Por sua vez, LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif*, I, L.G.D.J, Paris, 1984, p. 420, descreve-o como toda a intervenção dos poderes públicos que resultem numa qualquer alteração das condições jurídicas, ou apenas das condições de facto nas quais um contraente da Administração executa o seu contrato.

poder/dever irrenunciável.¹⁰⁷

Um dos problemas que se coloca ao *ius variandi* é a de saber que **tipo de alterações** pode ao certo a Administração exigir do seu co-contratante. Na verdade, nem tudo num contrato pode ser alterado pela Administração, a seu bel-prazer.

Ao longo dos tempos, foram muitos os autores a preocuparem-se com os limites do poder de modificação unilateral e com as consequências do seu exercício pela Administração, visto temer-se que esta prerrogativa, levada às suas últimas consequências, acabasse por deturpar e pôr em causa a própria noção de contrato.

Quanto a este aspecto, debateram-se na doutrina duas posições distintas. Para alguns autores o objecto do contrato diz respeito à actividade essencial nele ínsito, pelo que a Administração pode mudar o contrato, mas não de contrato. Nesta última hipótese, a entidade pública deverá utilizar o seu poder de resgate da concessão. Segundo estes autores existe, assim, um princípio da intangibilidade do objecto do contrato administrativo. Para outra corrente doutrinária, as prestações a que o contratante se obriga é que são, elas próprias, o objecto do contrato, de modo que, certamente, o poder administrativo de modificar unilateralmente o conteúdo das cláusulas do contrato envolve a faculdade de atingir o objecto do contrato.

Esta discussão doutrinária deixou de fazer sentido desde a entrada em vigor da al. a) do artigo 180.º do CPA, uma vez que este veio esclarecer que *objecto do contrato* e *conteúdo das prestações do co-contratante* são coisas distintas, sendo apenas possível modificar unilateralmente o segundo.

A posição dominante (perfilhada, entre outros, por DIOGO FREITAS DO AMARAL, AUGUSTO DE ATHAYDE, ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO GONÇALVES) entende que o objecto do contrato designa os tipos de prestações/actividades contratuais concretamente acordados entre as partes, ao passo que o conteúdo das prestações corresponde aos modos, técnicos e jurídicos, de execução dessas prestações.¹⁰⁸

Ora, isto representa uma enorme limitação para o próprio âmbito do *ius variandi*, uma vez que se aceita que a Administração imponha alterações às prestações de seu co-contratante, no que respeita à sua quantidade, modelo, condições técnicas e jurídicas de execução, mas não lhe pode ordenar que passe a prestar uma actividade diferente daquela a que se obrigara. Por exemplo, é

¹⁰⁷ SÉRVULO CORREIA, *Contrato Administrativo, Dicionário Jurídico da Administração Pública*, III, Lisboa, 1990, p. 84.

¹⁰⁸ Sobre este ponto, vide SÉRVULO CORREIA, *Contrato Administrativo, Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Lisboa, 1990, pp. 28-33; AUGUSTO DE ATHAYDE, *Para a Teoria do Contrato Administrativo: Limites e Efeitos do Exercício do Poder de Modificação Unilateral pela Administração, Estudos de Direito Público em Honra do Professor Marcello Caetano*, Ática, Lisboa, 1973, pp. 76-90; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1984, pp. 699-700; PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 223 e segs.; e DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2001, p. 620 e segs.

possível a Administração impor a um concessionário de uma praia que altere os horários de vigilância balnear, mas já não é admissível que o obrigue a vigiar uma praia que não constava do contrato de concessão inicial.

É compreensível que a Administração não possa impor prestações discordantes ao objecto do contrato ou alterações que acarretem mudanças na sua economia, mesmo quando tais modificações fossem conciliáveis com o modo de gestão ou o tipo de convenção adoptados.

Na realidade, o que se pretende evitar é que, por via do poder de modificação unilateral, se obrigue o co-contratante a uma alteração que deturpe o tipo de contrato celebrado, transformando-o num contrato de natureza diferente.

Contudo, existem cláusulas contratuais que definem direitos e obrigações sinalagmáticos das partes, mas que não se referem ao seu objecto ou aos modos técnicos e jurídicos de execução das respectivas prestações. É o caso das cláusulas de exclusividade a favor do concedente por determinado período de tempo, ou das cláusulas de não concorrência, ou da cláusula por intermédio da qual o concedente promete à concessionária uma subvenção financeira; ou ainda da cláusula que assegura à concessionária o direito de ser ouvida pela Administração antes de serem tomadas certas decisões. Estas cláusulas também não são passíveis de modificação unilateral pela Administração, por força do princípio geral *pacta sunt servanda* consagrado no artigo 406.º n.º 1 do CC, sob pena de responsabilidade contratual da Administração.¹⁰⁹

O CCP consagrou o princípio da intangibilidade do objecto do contrato na 1.ª parte do artigo 313.º n.º 1. No entanto, esta norma foi mais além, tentando também salvaguardar as condições de leal concorrência, impedindo qualquer forma de manipulação do poder de modificação (em convivência com o co-contratante) que as ofenda. Por sua vez, no n.º 2 do artigo 313.º do CCP clarifica-se que uma modificação unilateral — ressalvadas as situações de modificações necessárias por força do decurso do tempo — só não falseia a concorrência se for *objectivamente demonstrável que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada se o caderno de encargos tivesse contemplado essa modificação*. Neste mesmo sentido, vem posteriormente o artigo 315.º do CCP obrigar, em nome da transparência, a publicitação das alterações objectivas do contrato que representem um valor acumulado superior a 15%, a qual é condição de eficácia dos actos ou acordos modificativos para efeitos de quaisquer pagamentos¹¹⁰. Um outro limite, característico dos

¹⁰⁹ Neste sentido *vide*, entre outros, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1984, p. 707 e ANDRÉ LAUBADÈRE/FRANCK MODERNE/PIERRE DELVOLVÉ, *Traité des Contrats Administratifs*, Vol. I, L.G.D.J., Paris, 1983, p. 107.

¹¹⁰ De sublinhar que, este controlo sobre a conformidade das modificações objectivas do contrato introduzidas no decurso da execução com as regras legais (mais concretamente, as referentes aos respectivos fundamentos e seus limites – artigos 311.º a 313.º), pode ser exercido por entidades públicas no exercício da sua competência, como por qualquer particular titular de um direito ou interesse legalmente protegido, o qual poderá até impugnar contenciosamente a validade desses actos.

contratos com objecto passível de acto administrativo ou sobre o exercício de poderes públicos tem a ver com o respeito pela margem de livre decisão administrativa. Nestas circunstâncias, preceitua o n.º 3 do artigo 313.º do CCP que a modificação por alteração de circunstâncias anormais, imprevisíveis e totalmente fora do âmbito dos riscos do contrato, ou se dá por acordo entre as partes, ou produzirá a resolução do contrato, dado que ao tribunal, judicial ou arbitral, está interdita a interferência no espaço de valoração próprio da entidade administrativa.

Podemos assim concluir que, actualmente é admissível à Administração proceder a modificações unilaterais do conteúdo das prestações do co-contratante, adaptando-as de acordo com as novas necessidades do interesse público, desde que não se altere o objecto do contrato e restabeleça o equilíbrio financeiro do contrato, protegendo-se deste modo os direitos e interesses legítimos dos particulares.

A conjugação perfeita destas premissas permite realizar o objectivo basilar do Direito Administrativo moderno, nomeadamente, a procura do permanente equilíbrio entre as exigências do interesse público e a garantia dos direitos dos particulares.

Outro dos problemas que se coloca ao *ius variandi* é o das **suas contrapartidas**. Como destacou MARCELLO CAETANO, *o princípio da interdependência dos interesses empenhados num contrato faz com que nenhuma das partes possa procurar obter da outra uma vantagem sem lhe dar a compensação devida*.¹¹¹ Assim, nas situações em que o exercício do *potestas variandi* derivar para o contratante particular um encargo financeiro superior ao que ele tinha previsto, e que ponha em causa o lucro lícitamente esperado ou lhe cause prejuízo que de outra forma nunca teria tido lugar, a lei obriga a Administração a rever a própria cláusula de remuneração ou a pagar a justa indemnização.

Em suma, qualquer modificação contratual exige como contrapartida a **reposição do equilíbrio financeiro** do contrato vigente à data da respectiva celebração. Esta solução sempre foi exigida pela doutrina e jurisprudência.

Nos casos em que o contrato estabelece um preço em função dos custos esperados, uma modificação do contrato que provoque um aumento dos custos, pode implicar que o preço seja aumentado, por forma a assegurar ao co-contratante o mesmo lucro. Noutros casos, a reposição do equilíbrio financeiro é mais complexa, sendo obtida por via de equações matemáticas.¹¹² Por fim, existe ainda os casos em que a equação financeira inicial se alicerça em previsões relativas ao nível

¹¹¹ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1980, p. 621.

¹¹² A fórmula clássica do equilíbrio financeiro, baseada na equação financeira de PÉQUIGNOT, tem em conta a correlação inicialmente existente entre as prestações das partes e, perante a alteração de uma, obriga à respectiva alteração da outra, de modo a que seja conservada a relação inicial entre ambas. O equilíbrio do contrato seria assim traduzido por $a/b=a'/b'$. Sobre este assunto, vide AUGUSTO DE ATHAYDE, *Para a Teoria do Contrato Administrativo: Limites e Efeitos do Exercício do Poder de Modificação Unilateral pela Administração*, Estudos de Direito Público em Honra do Professor Marcello Caetano, Ática, Lisboa, 1973, pp.91 e segs.

esperado de utilização dos serviços prestados pelo contratante particular aos utentes do serviço ou da obra pública, em que a própria remuneração está directamente dependente das taxas cobradas aos utilizadores. Nestas hipóteses a modificação do contrato pode impor o pagamento de uma indemnização que compense o desvio causado ao esquema inicial.

Seja como for, na falta de estipulação contratual, o artigo 282.º n.º 3 do *CCP* enuncia as três modalidades que pode revestir a reposição do equilíbrio financeiro do contrato, nomeadamente: *i)* a prorrogação do prazo de execução das prestações ou da vigência do contrato; *ii)* a revisão de preços; *iii)* e a assunção do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato. Destaque-se que, *o co-contratante só tem direito à reposição do equilíbrio financeiro quando, tendo em conta a repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos nos quais o co-contratante determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos* (cfr. artigo 282.º n.º 2 do *CCP*). E em caso algum a reposição do equilíbrio financeiro *pode colocar qualquer das partes em situação mais favorável do que a que, para elas, resultava do quadro inicialmente estabelecido, não podendo cobrir eventuais perdas já verificadas apesar do equilíbrio previsto ou que eram inerentes ao risco próprio do contrato* (cfr. artigo 282.º n.º 6 do *CCP*).¹¹³

Acresce que, com o fim dos anos de estabilidade económica, a revisão de preços passou igualmente a ser utilizada para dirimir os efeitos dos ciclos inflacionistas. É que se temeu que os particulares deixassem de querer contratar com a Administração, ou então estipulassem preços muito elevados para compensar eventuais conjunturas económicas desfavoráveis. Desta forma, a revisão de preços passou a ser entendida como um direito de interesse público e como condição de justiça contratual. Mas aqui estamos no domínio da revisão ordinária de preços, a qual é distinta da revisão de preços prevista no artigo 282.º n.º 3 do *CCP*.¹¹⁴

¹¹³ Para MÁRIO ESTEVES OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra, 1984, o equilíbrio financeiro do contrato, nos casos em que a reposição seja devida, se faz pagando ao co-contratante prejudicado pelo agravamento, não o custo que ele suporta pela prestação suplementar, mas sim o preço que ele provavelmente queria se, no momento da celebração, tal prestação lhe tivesse sido exigida.

¹¹⁴ No direito português a tradição é consagrar a revisão ordinária de preços na legislação aplicável a certo tipo de contratos, como também os próprios contratos da Administração preverem uma cláusula com este mecanismo, por via de introdução de fórmulas tarifárias, cujas variáveis correspondem a elementos que influenciam a formação dos custos, ou de adopção de índices destinados a actualizar preços, de acordo com as vicissitudes que vão tendo lugar a nível da oscilação de custos (por exemplo, subida dos preços das matérias primas ou dos salários). Foi neste espírito que o *CCP* consagrou no seu artigo 382.º o expediente da revisão ordinária de preços para o contrato de empreitada de obras públicas (nos mesmos moldes em que fazia o agora revogado artigo 199.º n.º 1 do D.L. n.º 55/99, de 02/03/1999), bem como determinou no seu artigo 300.º que *só há lugar à revisão de preços se o contrato o determinar e fixar os respectivos termos, nomeadamente o método de cálculo e a periodicidade, sem prejuízo do disposto nos artigos 282.º, 341.º e 382.º*. Paralelamente, este novo diploma socorre-se ainda do instituto da revisão de preços como instrumento de obtenção da partilha equitativa dos benefícios financeiros previstos para o co-contratante, em caso de ter havido um acréscimo anormal e imprevisível desta espécie de benefícios no seio de uma parceria pública-privada, que não resulte

De todo o modo, o direito à revisão ordinária de preços estabelece uma justa medida entre os interesses antagónicos das partes que colaboram. Já que este instituto assegura não só o equilíbrio do preço estipulado no contrato, como também impede “o enriquecimento sem justa causa” por parte do contraente particular à custa do erário público

Porém, a revisão ordinária de preços não tem inevitavelmente de gerar uma restauração exacta e completa do equilíbrio financeiro inicial do contrato, sendo usual estabelecer-se margens de isenção de revisão.¹¹⁵

Não é demais sublinhar que, em matéria de reposição do equilíbrio financeiro não está em causa uma responsabilidade da Administração com fundamento na culpa, mas sim um encargo que a Administração tem de suportar com vista à satisfação das necessidades colectivas. Não seria legítimo que tais encargos fossem suportados em exclusivo pelo particular que contrata com a Administração, fazendo com que o interesse público fosse realizado à sua custa. Não obstante qualquer contrato implicar riscos, o que o equilíbrio financeiro visa acautelar é apenas o risco administrativo e não o risco normal do contrato.

Se para alguns autores o princípio do respeito pelo equilíbrio financeiro do contrato deriva do princípio geral de direito da proibição do enriquecimento sem causa,¹¹⁶ a verdade é que ele encontra hoje fundamento na própria constituição, nomeadamente nas cláusulas relativas: à tutela do direito de propriedade privada (artigo 62.º n.º 1 da *CRP*); aos princípios da confiança, da justiça e da boa fé, da prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legítimos dos particulares (artigos 2.º e 266.º n.ºs 1 e 2 da *CRP*); ao direito a uma justa indemnização pela ablação por acto público de uma posição jurídica privada com valor patrimonial (artigo 62.º n.º 2 da *CRP*). Aliás, quer a tutela do direito de propriedade privada, quer o direito a uma justa indemnização têm natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, pelo que eles gozam do mesmo regime material destes direitos fundamentais (cfr. artigos 17.º e 18.º n.º 1 da *CRP*).¹¹⁷

da eficiente gestão e das oportunidades criadas por aquele, e o respectivo contrato não contiver qualquer cláusula de retribuição para estas situações (cfr. artigo 341.º n.º 2 do *CCP*).

¹¹⁵ Na prática, tal como frisou DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2001, p. 644., *foi (é) habitual, sobretudo nos contratos de empreitada de obras públicas, convencionar-se ficar uma parte da obra isenta de revisão (normalmente 20%); e, por outro lado, no que respeita à parte restante, foi (é) também frequente estabelecer-se que o co-contratante deve assumir o risco do aumento dos preços até um certo limite (até ao coeficiente 1,025 - ou seja, até 2,5 % do aumento dos preços) e que a Administração deve assumir o risco da descida dos preços até também certo limite (até ao coeficiente 0,975 - ou seja, até 2,5 % da descida dos preços). Nestes sentido, pode dizer-se que a revisão de preços - para além de poder ter carácter bilateral, isto é, tanto actuar em favor do contraente particular como da Administração, em função do sentido que tenha em cada caso a variação dos preços - não exclui um risco que, dentro de certos limites, se pode distribuir entre a Administração e o particular nas proporções que se definirem.*

¹¹⁶ Neste sentido *vide*, entre outros, ALEXANDRA LEITÃO, *O Enriquecimento Sem Causa da Administração Pública*, AAFDL, Lisboa, 1998, p. 55.

¹¹⁷ Neste sentido *vide*, entre outros, PAULO OTERO, *Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas*, ROA, 1996, pp. 944-946 e DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 619-620.

Quanto à **forma pelo qual é exercido o poder de modificação unilateral**, podemos identificar as seguintes figuras:

- Acto administrativo (artigos 311.º n.º 2 e 312.º al. b) do CCP) - É o caso típico em que a entidade adjudicante, em virtude de uma reponderação da forma de prossecução do interesse público ou tendo em mente novas circunstâncias de interesse público, impõe a alteração da forma de execução do contrato.

Como nestes casos as mudanças fundam-se em causas subjectivas, resultantes da percepção que o adjudicante tem quanto à melhor forma de prosseguir as necessidades públicas que motivaram a celebração do contrato, o co-contratante tem direito à reposição do equilíbrio financeiro (nos termos do artigo 282.º do CCP), devendo ser ressarcido pela totalidade dos seus danos (cfr. artigo 314.º n.º 1 al. b) do CCP);

- Acto de carácter geral (lei ou regulamento) – Consiste no chamado *fait du prince*. Trata-se de actos emanados por uma entidade administrativa externa à relação contratual, e que, pese embora, não tenham directamente por objecto o contrato, eles produzem efeitos sobre ele. De modo que, as alterações introduzidas pelo contratante público são fruto de valorações específicas da função administrativa alheias à sua vontade e que lhe surgem como um imprevisto.

MARIA JOÃO ESTORNINHO é de opinião que nestas hipóteses já não se trata propriamente de uma manifestação do poder de modificação unilateral das prestações, mas sim de consequências de actos externos ao próprio contrato.¹¹⁸

- Acordo entre as partes, mediante um pacto adicional, ou por apostilha ou suplemento ao contrato – Se a Administração pode modificar o conteúdo das prestações de um contrato administrativo por acto administrativo unilateral (cfr. artigo 302.º alínea c) do CCP), por maioria de razão, também o poderá fazer por acordo com o seu co-contratante. Aliás, esta hipótese é aquela que melhor se coaduna com o espírito de colaboração e de boa fé que deve presidir as relações entre a Administração e os administrados de colaboração, tão apregoado pela constituição e lei ordinária.

Como facilmente se depreende, a modificação do contrato público por acordo entre as partes suscita, ao contrário do que sucede normalmente no Direito Privado, um conjunto de dificuldades. É que se após a celebração do contrato, fosse possível às partes modificar livremente, a seu bel-prazer, os termos e as condições do acordo, elas poderiam facilmente contornar os limites

¹¹⁸ MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 457.

apertados impostos pelo legislador na fase pré-contratual. Por conseguinte, importa estabelecer aqui limites à autonomia contratual, bem como assegurar o respeito pelos princípios em nome dos quais o legislador impõe regras rigorosas relativas à celebração do contrato, mais precisamente os princípios da transparência, da concorrência, da igualdade, da publicidade, da imparcialidade e da boa fé. Daí a consagração dos limites, condições e contrapartidas expressos nos artigos 313.º a 315.º do *CCP*.

Na realidade, são estes os princípios que obstam a que, por exemplo, as partes possam por ajuste directo vir a celebrar um novo acordo, desprezando o procedimento geral do concurso público.

Nesta matéria, o limite máximo que a autonomia das partes enfrenta é o do respeito pelo objecto inicial. Assim, as partes não podem, de facto, ao abrigo de uma suposta autonomia negocial, transformar o contrato celebrado num outro, fugindo ao cumprimento das regras a que eventualmente estariam sujeitas se inicialmente tivessem proposto celebrar o referido segundo contrato.

Assim, se o exercício do poder de alteração bilateral do contrato se traduzir numa alteração do próprio objecto do contrato, com ofensa dos procedimentos legais que regulamentam a respectiva adjudicação, tal implica a anulabilidade do contrato, nos termos do disposto do artigo 284.º n.º 1 do *CCP*.

Se, no caso do poder de modificação unilateral das prestações, as regras são impostas essencialmente em nome da protecção do co-contratante, acautelando que ele fique sujeito, em sede de execução do contrato, ao arbítrio da Administração contratante. Já no caso da modificação do contrato por acordo entre as partes, os limites visam proteger os terceiros que possam potencialmente ser lesados.

Além disso, a modificação pressupõe contrapartidas de forma a ressarcir o particular pelo agravamento das suas prestações contratuais. Pelo que, no âmbito do acordo modificativo e à luz do interesse público, as partes podem optar por uma contrapartida alternativa ao pagamento de uma indemnização pecuniária, susceptível de gerar para o particular uma utilidade ou satisfação similar (artigo 282.º do *CCP*). Nos contratos de concessão, por exemplo, é habitual estipular como meio de compensação a prorrogação do exclusivo da exploração por novo período.¹¹⁹

De salientar que, há autores que consideram que não se está perante o exercício do *ius variandi* nos seguintes casos: acordo entre as partes; o poder de modificação unilateral se encontrar expressamente previsto a favor da Administração no próprio contrato ou em norma que lhe seja aplicável; quando as partes pactuem a extinção ou modificação do contrato se tiverem lugar

¹¹⁹ Neste sentido *vide*, entre outros, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, Vol. I, Enc. Pólis 1, Lisboa, 1980, p. 709.

determinadas circunstâncias que ambas as partes apreciem; quando as partes convencionem cláusulas que produzam automaticamente a modificação do contrato.¹²⁰

Por outro lado, o mais recente diploma sobre contratação pública parece procurar aproximar a figura da modificação unilateral ao da figura da modificação por **alteração das circunstâncias**¹²¹, visto no artigo 312.º daquele código estatuir-se que a modificação do contrato apenas pode fundar-se numa de duas figuras, a saber:

a) Quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato;

b) Por razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes.

Com efeito, o CCP consagrou de forma inovadora os fundamentos e pressupostos em que tanto o contratante público como o contratante privado podem promover, em caso de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, quer a modificação, quer a resolução do contrato. Estendendo assim aos contratos administrativos, ainda que com as devidas adaptações, um regime semelhante ao do artigo 437.º do CC.

Refira-se que, a irresistibilidade relaciona-se com o facto em causa gerar uma impossibilidade absoluta de execução. Enquanto a imprevisibilidade consiste em factos cuja realização, pese embora esteja na ordem das possibilidades, não se sabe se ocorrerá durante a execução daquele contrato e se, a ocorrerem, produzirão nela algum efeito. Nestes termos, e uma vez que a mutabilidade do contrato por acto unilateral da Administração tem carácter excepcional, as alterações por causas imprevistas não podem ser utilizadas para colmatar situações em que na preparação do contrato o contraente público não agiu com a diligência normalmente exigível, ao não ter acautelado, por dolo ou negligência, vicissitudes calculáveis.

Ademais, apenas se deve considerar que são novas as necessidades que não eram previsíveis no momento da formação e celebração do contrato, por se terem verificado ou só ser possível tomar conhecimento delas após a contratação; pois, caso contrário, não se está perante necessidades novas, mas somente imprevisíveis.

Não é demais lembrar que, em homenagem ao princípio da intangibilidade do contrato,

¹²⁰ Neste sentido *vide*, entre outros, BOQUERA OLIVER, JOSE MARIA - *Poder Administrativo y Contrato*, Col. Conferencias e Documentos, n.º 27, 1970, pp. 85-87 e MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 135.

¹²¹ Sublinhe-se que o artigo 79.º n.º 1 al. d) do CCP faz alusão a circunstâncias supervenientes anormais e imprevisíveis para justificar uma hipotética decisão de não adjudicação após a conclusão do procedimento pré-contratual.

durante séculos se negou a faculdade da modificação do contrato por alteração das circunstâncias.

Nas doudas palavras de MARCELLO CAETANO, *o caso imprevisto é o facto estranho à vontade dos contraentes que, determinando a modificação das circunstâncias económicas gerais, torna a execução do contrato muito mais onerosa para uma das partes do que caberia no risco normalmente considerado (...) Quando se verifique o caso imprevisto, o devedor não fica em rigor exonerado da obrigação de cumprir: apenas, conforme as hipóteses, lhe será facultado rescindir o contrato, pedir a revisão das cláusulas de remuneração ou solicitar uma indemnização.*¹²²

Todavia, e ao contrário do que acontece geralmente nos casos de força maior, nestas situações o cumprimento é ainda jurídica e materialmente possível. Simplesmente a manutenção do contrato torna-se economicamente desastrosa para o co-contraente.

Daí que para garantir a continuidade do serviço público ou da obra pública tenha surgido no Direito Administrativo a teoria da imprevisão. Esta teoria, criada em França após a 1.ª Guerra Mundial¹²³, assenta na repartição da “álea económica” pelos dois contraentes, impondo ao ente público que auxilie o co-contraente em dificuldades, de forma a permitir-lhe prosseguir o cumprimento do contrato.

Assim, nestas circunstâncias, e em defesa da continuidade na prossecução do interesse público, reconhece-se que a Administração deve acarretar com parte dos prejuízos (por via de indemnização) ou rever o contrato no sentido de restabelecer o equilíbrio financeiro inicial (regra geral, por via da revisão de preços).

Embora o caso imprevisto e o poder de modificação unilateral reconduzam a soluções de reequilíbrio financeiro do contrato da responsabilidade da Administração, eles constituem institutos distintos. Pois no caso imprevisto o que está em causa é a “álea económica”, isto é, a verificação de circunstâncias económicas que destroem o equilíbrio económico-financeiro estabelecido aquando da celebração do contrato. Enquanto na prerrogativa de modificação unilateral o que está em causa é a “álea administrativa”, isto é, o agravamento das condições de cumprimento do contrato decorrente do exercício do poder de modificação unilateral pela Administração.

Além disso, a invocação do poder de modificação unilateral cabe ao contratante público, ao passo que a contestação dos seus termos compete ao contratante privado, uma vez que este instituto tem sempre um fundamento subjectivo (isto é, a reponderação das circunstâncias de interesse público subjacentes ao contrato por parte da entidade adjudicante, conduz a um desequilíbrio da relação contratual por causa exclusivamente imputável a essa entidade). Já a alteração das circunstâncias (físicas, económicas ou jurídicas de execução do contrato) pode ser invocada por qualquer um dos contratantes, uma vez que este instituto tem sempre um

¹²² MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1980, p. 625.

¹²³ A teoria da imprevisão foi construída para resolver o célebre caso do *Compagnie de gaz de Bordeaux*, em 1916.

fundamento objectivo (pois é, uma causa externa às partes, inesperada, que converte a manutenção da relação contratual insuportável nas condições inicialmente contratadas, devido à excessiva onerosidade que acarreta para o adjudicatário).

No entendimento de FERNANDO GARRIDO FALLA, a invocação da causa superveniente de modificação do contrato, por qualquer um dos contratantes, pode inclusive ser feita mesmo que o contrato rejeite essa possibilidade, por força do princípio da prevalência da justiça do contrato.¹²⁴

Em princípio, a modificação do contrato por alteração das circunstâncias só pode ter lugar por acordo das partes, ou decisão jurisdicional ou arbitral, sem prejuízo para o disposto no artigo 313.º n.º 3 do CCP – cfr. artigo 311.º n.º 1 do CCP.

No que respeita ao ressarcimento de prejuízos decorrentes da modificação, o artigo 314.º do CCP faz uma distinção entre as situações que dão lugar a *reposição do equilíbrio económico* e as situações que dão lugar a *compensação financeira segundo critérios de equidade*, em função da causa que determinou a alteração do contrato e quem accionou o mecanismo.

A razão de ser desta destrição reside no facto das alterações anormais e imprevisíveis resultarem de circunstâncias alheias à vontade das partes, pelo que as consequências lesivas que delas advêm não devem ser exclusivamente suportadas nem pela entidade adjudicante (que não concorreu para elas), nem pelo adjudicatário (que vê o risco do negócio consideravelmente aumentado). Nestes termos, o custo agravado da continuidade de prossecução do interesse público tem que ser rateado, de acordo com critérios de equidade. Assim:

i) A modificação unilateral por razões de interesse público da iniciativa do contratante público origina a manutenção do contrato com as devidas alterações, conferindo ao contratante privado o direito à reposição do equilíbrio financeiro, nos termos do artigo 282.º do CCP - cfr. artigo 314.º n.º 1 al. b) do CCP ;

ii) A modificação por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável a decisão do contraente público, adoptada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, que se repercute de modo específico na situação contratual do co-contratante, origina a manutenção do contrato com as devidas alterações ou então a sua resolução. Conferindo ao contratante privado o direito à reposição do equilíbrio financeiro nos termos do artigo 282.º do CCP no caso do contrato se mantiver, ou o direito a indemnização por danos emergentes e lucros cessante, descontado o benefício da antecipação dos ganhos no caso do contrato se resolver - cfr. artigos 314.º n.º 1 al. a), 334.º n.º 2 e 335.º n.º 2 do CCP).

Esta solução justifica-se porque estamos no âmbito do designado *fait du prince*, imputável ao

¹²⁴ GARRIDO FALLA, FERNANDO - *Tratado de Derecho Administrativo*, II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980, pp. 85 e segs.

contraente público em virtude da sua função administrativa ou legislativa. Pelo que, é legítimo que incida sobre ele o dever de suportar integralmente toda a onerosidade que a alteração das circunstâncias implique para o co-contraente.

Sublinhe-se ainda que, nestas hipóteses a compensação financeira só se impõe nos casos de agravamentos que surgem como consequência indirecta duma medida genérica exclusivamente respeitante ao próprio objecto do contrato (por exemplo: regulamento que, ao exigir a instalação de pontos luz nas auto-estradas, se repercute particularmente na esfera de actividade do concessionário do serviço público de auto-estradas), mas não nos casos de agravamentos contratuais resultantes de medidas genéricas que atingem tanto o contraente como outros empresários do mesmo ou doutro sector (por exemplo: aumento do salário mínimo ou de um imposto). Neste último caso pode, no entanto, funcionar o mecanismo da teoria da responsabilidade por acto da função legislativa¹²⁵ ou do caso de força maior, desde que se preencham os respectivos pressupostos;

iii) A modificação por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias da iniciativa do contratante privado ou do contratante público (fora das situações previstas no n.º 1 do artigo 314.º do *CCP*) origina: **ou** a manutenção do contrato com as devidas alterações, conferindo ao contratante privado o direito a compensação segundo critérios de equidade; **ou** a manutenção do contrato com as devidas alterações sem qualquer contrapartida para o contratante privado; **ou** a resolução do contrato nos termos do artigo 332.º n.º 1 al. a) e n.º 2 do *CCP* sem qualquer contrapartida para o contratante privado – cfr. artigo 314.º n.º 2 do *CCP*.

Esta dispensa do direito a indemnização transcorre do facto das circunstâncias supervenientes que inviabilizam o cumprimento do contrato funcionarem como um *act of God*, pelo qual nenhuma das partes pode ser responsabilizada. Neste quadro, o artigo 332.º n.º 2, 2ª parte, do *CCP* procura levar a que o contratante privado prefira a opção da modificação em vez da resolução, salvo quando a resolução não provoque grave prejuízo para o interesse público ou, existindo esse prejuízo, quando a manutenção do contrato puser em causa a viabilidade económico-financeira do co-contratante ou se revele excessivamente onerosa.

E, não obstante o artigo 314.º n.º 2 do *CCP* não determinar a quem compete a escolha entre a compensação e a modificação do contrato adaptando-o às novas circunstâncias, parece que o princípio da prevalência do interesse público pressupõe que seja o contraente público. Visto, a ponderação entre as vantagens e desvantagens na perspectiva do co-contraente pode ser a menos conveniente para esse interesse público.

¹²⁵ Obrigação que recai sobre uma pessoa colectiva que, actuando sob a égide de poderes legislativos, tiver causado prejuízos aos particulares, a determinar nos termos da Lei n.º 67/2007, de 31/12 (cfr. artigo 22.º da *CRP*).

Figura distinta da alteração das circunstâncias é os **casos de força maior** (designado nos países anglo-saxónicos como *act of God*). Nestes últimos há a ocorrência de um facto imprevisível e estranho à vontade dos contraentes, que obsta por completo o cumprimento das obrigações contratuais, temporária ou definitivamente, por desaparecimento do objecto ou do interesse do credor (tais como actos de guerra ou subversão, epidemias, ciclones, tremores de terra, fogo, raio, inundações, greves gerais ou sectoriais e quaisquer outros eventos da mesma natureza que impeçam o cumprimento do contrato).

Curioso notar que, a expressão *impossibilidade temporária de cumprimento do contrato* insita no artigo 297.º al. a) do CCP está formulada de forma suficientemente aberta, para nela se poder incorporar o instituto da “força maior”.

Regra geral, os casos de força maior servem de suporte não a uma alteração do contrato, mas antes à suspensão da sua eficácia ou à impossibilidade da sua manutenção.

Desta feita, “a força maior” traduz-se numa justificação de interrupção da execução do contrato; sendo certo que após a sua cessação — na eventualidade de ser temporária — volta a funcionar como anteriormente, nos mesmos termos, e sem que a suspensão da actividade implique penalizações para o devedor da prestação.

Caso o evento impeditivo se alongue no tempo e torne o cumprimento do contrato inexecutável, então a força maior converte-se em causa de rescisão legítima por qualquer uma das partes (*v.g* decurso de prazos especiais).

Mas pode suceder também que a impossibilidade se consubstancie na excessiva onerosidade (por exemplo em caso de uma repentina alta de preços). Nestas situações a invocação da “força maior” pode ser estancada com a atribuição de uma indemnização que restabeleça o equilíbrio contratual, sendo-lhe aplicado o mesmo regime da imprevisão, com vista a permitir a continuação da execução do contrato.

Todavia, considera-se que, em oposição ao que se verifica no Direito Civil, não vigora no regime dos contratos administrativos a regra clássica *res suo domino perit*, com expressão no artigo 796º do Código Civil, segundo a qual o risco de perecimento corre por quem é dono do bem.

No caso de a Administração não reconhecer a existência de caso de força maior, é indispensável que o co-contraente deduza acção administrativa comum, para que o tribunal administrativo decrete a cessação da responsabilidade do co-contraente.

Como se pode ver, não obstante algumas semelhanças, o caso de força maior e o caso imprevisão são figuras bem distintas quer quanto aos fundamentos, quer quanto ao regime jurídico aplicável, nomeadamente no que toca às consequências.

É hoje claro que o **fundamento do poder de modificação unilateral do contrato administrativo** reside na lei, na medida em que ele se encontra expressamente consagrado na al. c) do artigo 302.º do *CCP*. Deixa, por isso, de fazer sentido a discussão sobre o fundamento teórico deste poder, em que se dividiam as duas teses tradicionais: uma defendendo tratar-se de um poder que o contrato administrativo, pela sua própria natureza, concedia à Administração Pública; a outra defendendo tratar-se de um poder que a Administração Pública, pela sua própria natureza, cederia ao contrato administrativo.¹²⁶

Confrontam-se na doutrina **duas posições antagónicas no que concerne ao reconhecimento da originalidade do poder de modificação unilateral nos contratos administrativos**.

Os autores “partidários” do carácter não exorbitante do regime jurídico dos contratos administrativos costumam afirmar que, nos dias de hoje, a possibilidade de modificar o contrato administrativo e de o adaptar às alterações de circunstâncias já não pode ser entendido como algo exorbitante em relação ao Direito Privado e específico dos contratos administrativos, senão em elementos secundários. Estes autores fundam a sua posição nos seguintes aspectos:

a) o artigo 437.º do *CC* também permite amplamente que as partes possam obter a modificação do contrato, no caso de se verificarem *alterações anormais das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar* (teoria da imprevisão). Ainda que, seja necessária a intervenção do juiz na hipótese de não existir legislação especial e de as partes não se terem pronunciado sobre a questão.

b) não obstante aquela norma apenas conferir à parte lesada pelas alterações de circunstâncias o direito de requerer ao juiz a modificação das cláusulas contratuais, as partes podem sempre acordar entre si, num contrato privado, a possibilidade de uma delas impor unilateralmente tais alterações.

c) esse poder de modificação unilateral está previsto pela própria lei civil para uma série de contratos, designadamente nos art. 969.º, 1170.º, 1216.º, 1235.º e 1242.º do *CC*.

d) para estes autores, a única coisa que distingue realmente o exercício do poder de modificação unilateral num contrato privado e num contrato administrativo, é o facto da Administração ser sempre dotada dessa prerrogativa, independentemente de previsão legal ou acordo das partes.¹²⁷

¹²⁶ Neste sentido *vide*, entre outros, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 629-630 e AUGUSTO DE ATHAYDE, *Poderes Unilaterais da Administração sobre o Contrato Administrativo*, Editora Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1981, pp. 39-69.

¹²⁷ Neste sentido *vide*, entre outros, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*,

Os defensores do carácter exorbitante do regime jurídico dos contratos administrativos tentam rebater aqueles argumentos da seguinte maneira:

I) o poder de modificação unilateral é detido pela Administração Pública em todos os contratos administrativos, aos quais é inerente; ao passo que nos contratos civis esta prerrogativa só existe em relação a alguns deles.

II) o poder de modificação unilateral vigora nos contratos administrativos independentemente de o próprio contrato o prever ou não, ao contrário da generalidade dos contratos civis, onde este poder só surge quando expressamente tenha sido previsto e aceite pelas partes no contrato ou quando elas acordem no seu exercício.

III) o poder de modificação unilateral é um poder do contratante público, a que está adstrito o contraente particular e nunca o inverso; ao passo que, no regime constante do artigo 437.º do CC a modificação do contrato pode ser pedida por qualquer das partes contra a outra.

IV) regra geral, o poder de modificação unilateral é exercido pela própria Administração através de acto administrativo, ou seja, por via de um instrumento unilateral que se impõe por si à outra parte. Enquanto nos contratos civis, as partes não podem actuar sozinhas, carecendo de recorrer à via judicial para que se sentencie as modificações pretendidas. Por outras palavras, é o tribunal, não a parte que exerce o direito, quem decide impor ou não a modificação solicitada.

V) a solução primordial consagrada pelo artigo 437.º do CC é a resolução ou rescisão do contrato; só na eventualidade da parte prejudicada assim o querer, é que se coloca a alternativa de se optar pela manutenção do contrato, devidamente modificado. Ora, o raciocínio do poder de modificação unilateral no Direito Administrativo é rigorosamente o inverso. Pois a admissibilidade legal da Administração exercer o poder de modificação unilateral, seguido da atribuição ao contraente particular do direito ao equilíbrio financeiro do contrato, significa que o particular tem, dentro de certos limites, de aceitar a continuação do contrato, com as modificações impostas pela Administração, não podendo decidir-se livremente pela rescisão. Esta última hipótese só lhe será concedida se a Administração pretender alterar o objecto do contrato ou recusar respeitar o equilíbrio financeiro do mesmo. Como se referiu anteriormente, a razão subjacente a esta imposição é a do *princípio da continuidade dos serviços públicos e da actividade administrativa*. Tal como se demonstrou, este princípio coíbe que se reconheça aos contraentes particulares o direito de rescisão face a uma alteração de circunstâncias sem o preenchimento prévio de condições rigorosas, visto que, em regra, rescindir o contrato pode comprometer o funcionamento do serviço público.

Almedina, Coimbra, 1990, pp. 130-138, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, Coimbra, 1986, p. 236 e PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, Coimbra, 1987, p. 414.

VI) a modificação do conteúdo do contrato administrativo, em obediência ao princípio do equilíbrio financeiro, dá sempre lugar a uma compensação económica a favor do particular contratante, destinada a repor a equivalência das prestações contratuais. Enquanto, nos contratos civis a modificação do contrato, quando exista, é feita segundo juízos de equidade.¹²⁸

Sem que isto seja entendido como se de um “apoio a um partido” se tratasse, quer-nos parecer, contudo, que esta última posição é aquela que melhor se coaduna com a realidade ainda existente nos contratos públicos e na actividade administrativa actual, bem como com o espírito inerente ao sistema jurídico nacional. Aliás, como tivemos oportunidade de ver, o novo diploma sobre contratação pública deu continuidade à tradição que já vinha sendo construída nesta matéria. Tendo inclusive acentuado, em alguns aspectos, a prerrogativa da Administração proceder à modificação unilateral do contrato.

Daí que ainda seja legítimo considerar o poder de modificação unilateral como a principal característica essencial do regime dos contratos administrativos e com carácter exorbitante em relação ao regime dos contratos privados, onde não encontra instituto inteiramente análogo.

Por outro lado, como os actos determinativos da modificação unilateral do contrato por razões de interesse público, através de medidas individuais ou gerais, constituem actos administrativos, os mesmos deverão ser questionados pela via da acção administrativa especial de impugnação da validade de actos administrativos (cfr. artigos 46.º n.º 2 al. a), 50.º e segs. do *CPTA* e artigo 307.º n.º 2 al. b) do *CCP*). Sendo aconselhável o co-contratante deduzir igualmente providência cautelar de suspensão da sua eficácia, uma vez que estes actos são igualmente títulos executivos (cfr. artigos 309.º n.º 1 do *CCP* e 112 n.º 2 al. a) do *CPTA*).

O tema da modificação unilateral do contrato já foi abordado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente nos Acórdãos *Comissão/Càs Succhi di Fruta SPA*, de 29/04/2004, proferido no processo n.º C-496/99, *Comissão/França*, de 05/10/2000, proferido no processo n.º C-337/98 e *Pressetex*, de 16/06/2008, proferido no processo n.º C-454/06. Das decisões emanadas nessas acções judiciais podemos concluir que de acordo com este órgão judicial:

1.º) O Direito Comunitário não proíbe a modificação do contrato e, concomitante, o poder de modificação unilateral, desde que tal não implique uma violação aos princípios da concorrência, da transparência e da igualdade de tratamento dos operadores económicos que apresentaram proposta na fase da adjudicação do contrato;

2.º) Para que uma modificação do contrato se traduza na violação dos princípios enumerados no ponto anterior, ela tem de implicar uma alteração substancial ao contrato e não haja uma

¹²⁸ Neste sentido *vide*, entre outros, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 624-626.

previsão expressa no contrato original e nas peças do procedimento de adjudicação que acautele essa mesma alteração.

Por sua vez, essa alteração só será substancial se acarretar a inserção no contrato dum conteúdo substancialmente distinto daquele que figurava originariamente no seu texto inicial, capaz de evidenciar a vontade das partes em renegociar as condições essenciais do contrato (por exemplo, no caso de uma alteração avultada no preço ou da duração do contrato);

3.º) O preço pode ser ajustado, sem que isso signifique impreterivelmente que se está perante a adjudicação de um novo contrato e, simultaneamente, uma alteração substancial;

4.º) Está-se seguramente diante uma situação de alteração substancial quando: se ela estivesse consagrada no procedimento de adjudicação a lista dos proponentes inicialmente admitidos tivesse sido diferente, ou se a proposta aceite tivesse sido outra; se essa alteração amplia significativamente os serviços primitivamente contratados; se a alteração do preço altera o equilíbrio económico a favor do co-contratante;

5.º) O Direito Comunitário vigente não proíbe a celebração de contratos públicos de serviços por tempo indeterminado.

5.3.2- Poder de Direcção

Por força da al. a) do artigo 302.º do CCP¹²⁹ *o contraente público pode dirigir o modo de execução das prestações*. Ou seja, em caso de lacuna de regulação ou de densificação do modo de execução das prestações, o contratante público tem a faculdade de dar ordens, directivas ou instruções ao seu co-contratante sobre o próprio modo de cumprir as obrigações assumidas, em matéria da execução técnica, financeira ou jurídica, desde que se circunscrevam nos limites do objecto e do conteúdo do contrato (cfr. artigos 303.º e 304.º do CCP). De modo que, em nome deste poder, o contratante público pode por exemplo dar ordens: quanto aos processos a utilizar na execução do contrato, de forma a obter-se maior economia ou perfeição; quanto à contabilidade; quanto ao modo de acondicionamento, *etc.*

As mencionadas orientações devem ser transmitidas por escrito, ou quando as circunstâncias impuserem a sua comunicação verbal, as orientações devem ser reduzidas a escrito e notificadas à outra parte no prazo de cinco dias, salvo justo impedimento (cfr. artigo 304.º n.º 3 do CCP).

O fundamento do poder de direcção reside no papel da Administração ser guardião do interesse público, sendo por isso um poder que lhe é inerente quando celebra contratos.

O poder de direcção traduz-se também num poder de integração dispositiva do contrato,

¹²⁹ Antiga al. b) do artigo 180.º do CPA.

visto algumas das obrigações assumidas pelo co-contratante poderem estar definidas em termos pouco claros e precisos. Em bom rigor, por mais pormenorizadas que sejam as previsões contratuais, ao co-contratante surge sempre a possibilidade de escolher um dos vários caminhos possíveis para executar determinada cláusula. Ora, tem-se considerado que é justamente à entidade pública que deve ficar a cargo da orientação do seu co-contratante, realizando as escolhas necessárias.¹³⁰

Este poder não é exercido sempre da mesma forma, nem tem sempre a mesma extensão, podendo inclusive mostrar-se incompatível com o tipo de contrato em causa. Daí que, em salvaguarda da autonomia do co-contratante, se estipule no artigo 303.º n.º 2 do CCP que *o exercício do poder de direcção deve limitar-se ao estritamente necessário à prossecução do interesse público, e processando-se de modo a não perturbar a execução do contrato, com observância das regras legais ou contratuais aplicáveis e sem diminuir a iniciativa e a correlativa responsabilidade do co-contratante*.

O poder de direcção é efectivado, sobretudo, em relação aos contratos de prestação de serviços e de provimento, nas empreitadas de obras públicas e em certas concessões (não obstante nesta última situação se dever reconhecer uma maior autonomia funcional do concessionário face a outros tipos de co-contratantes da Administração).

O poder de direcção consiste, no fundo, na faculdade de o contratante público impor ao seu co-contratante o cumprimento das obrigações inicialmente subscritas por ele, ou o cumprimento de novas obrigações que a Administração lhe tenha supervenientemente imposto por via do exercício do poder de modificação unilateral.

Podemos assim sintetizar que, a nova legislação sobre contratação pública faz depender o exercício deste poder à observância de três princípios, a saber:

i) optimização do fim de interesse público que o contrato prossegue (cfr. artigos 303.º n.º 1 e 304.º n.º 1 do CCP);

ii) respeito pela autonomia da contraparte (quando a lei faz apelo a Administração cingir-se ao estritamente necessário) — cfr. artigos 303.º n.º 2 e 304.º n.º 1 do CCP;

iii) não diminuição da responsabilidade da contraparte (cfr. artigo 303.º n.º 3 do CCP).

No que concerne aos dois primeiros princípios, eles demonstram-se úteis sobretudo ao nível do controlo da validade dos actos em que se sintetizam, já que recorrem a concretizações do princípio da proporcionalidade, designadamente quando apelam à adequação e à proibição dos excessos. Proporcionando ao julgador critérios de apreciação da conformidade das ordens, directivas ou instruções com a legislação vigente. Ao passo que, o terceiro princípio manifesta-se

¹³⁰ Vide AUGUSTO DE ATHAYDE, *Poderes Unilaterais da Administração sobre o Contrato Administrativo*, Editora Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1981, p. 5.

não só como uma regra de responsabilização, mas também como uma regra de repartição da responsabilidade. Pois, o artigo 303.º n.º 3 do *CCP* elucida que estando em causa prestações de concepção¹³¹, a actuação “dirigida” do co-contratante privado não transfere a responsabilidade para contratante público (até porque, a própria autonomia do co-contratante privado confere-lhe responsabilidades em termos da culpa *in vigilando* — cfr. o artigo 493.º n.º 2 do *CC*), mas também não o isenta de responder por danos decorrentes directamente das suas instruções, em eventual concurso de culpa com o co-contratante, onde pode haver ou não a sujeição a um regime de solidariedade (nomeadamente em caso de responsabilidade por facto ilícito — cfr. o artigo 497.º n.º 1 do *CC*).

Face à enunciação do princípio de respeito pela sua autonomia, bem como à imposição da ordem dever corresponder à melhor execução possível do contrato, podemos assim questionar se o co-contratante tem a faculdade de desobedecer à orientação ditada pelo contratante público. Como é óbvio, estão aqui salvaguardadas as hipóteses em que o cumprimento da ordem implique a prática de um crime (*v.g.* artigo 271.º n.º 3 da *CRP*) ou ofenda por qualquer forma o núcleo essencial de direitos, liberdades e garantias das pessoas. Nestas situações extremas a ordem será nula e não produzirá quaisquer efeitos jurídicos. No entanto, quando o co-contratante tenha dúvidas sobre a validade da ordem, ele deverá interpor acção de suspensão de eficácia do acto que a concretiza junto do tribunal administrativo competente (cfr. artigos 19.º e 20.º n.º 6 do *CPTA*). E em caso de sair vencido nesta jurisdição, ele deverá executar a ordem, na certeza porém que ele fica protegido contra eventuais pedidos indemnizatórios que venham a ser solicitados. Trata-se no fundo de uma espécie de aceitação sob protesto.

Todavia, se o co-contratante não observar uma determinada ordem no sentido de realizar uma certa prestação em falta, o contratante público já não pode lançar mão do privilégio de execução prévia, como acontecia na versão inicial do CPA. Ou seja, antigamente o contratante público deveria socorrer-se do poder judicial para adquirir a condenação do co-contratante no cumprimento de prestações em falta, executando depois a respectiva sentença por via de acto “definitivo e executório”¹³². Mas com a revisão do CPA de 1996, o contratante público passou a ter de propor nestes episódios uma acção administrativa comum junto do tribunal administrativo competente (cfr. artigo 309.º do *CCP*). É indiscutível que esta alteração legislativa reduziu drasticamente os

¹³¹ As prestações de concepção estão presentes sobretudo nos contratos de aquisição de serviços, cujo concurso se encontra submetido por um *iter* especial (*vide* artigos 219.º e segs. do *CCP*).

¹³² A versão inicial do artigo 187.º do CPA ditava que: 1 - *Salvo disposição legal em contrário, a execução forçada das prestações contratuais em falta só pode ser obtida através dos tribunais administrativos.* 2 - *Se, em consequência do não cumprimento das prestações contratuais, o tribunal condenar o co-contratante particular à prestação de um facto ou à entrega de coisa certa, pode a Administração, mediante acto administrativo definitivo e executório, promover a execução coerciva da sentença por via administrativa.*

poderes das entidades públicas.

Abandona-se, assim, a lógica tradicional segundo a qual a Administração poderia impor coercivamente ao co-contratante o cumprimento dos seus deveres contratuais. Obviamente, tudo isto teve reflexos no carácter exorbitante da actividade contratual da Administração no sentido da sua redução. MARIA JOÃO ESTORNINHO fala mesmo de uma *verdadeira estocada final e que, de uma vez por todas, quaisquer dúvidas que pudessem ainda permanecer acerca da autonomia do contrato administrativo e do seu carácter exorbitante devem considerar-se irremediavelmente ultrapassadas*.¹³³

Entretanto, o CCP procedeu a uma nova alteração nesta matéria. Actualmente, como as ordens, directivas ou instruções no exercício dos poderes de direcção constituem actos administrativos e títulos executivos (cfr. artigos 307.º n.º 2 e 309.º n.º 1 do CCP), na eventualidade do seu não acatamento por parte do co-contratante, o contratante público pode executá-las directamente por via de acção administrativa na modalidade de execução para prestação de facto (cfr. artigos 933.º e segs do Código de Processo Civil, *ex vi* artigo 157 n.º 2 do CPTA). Isto traduz-se no retorno do contraente público a uma posição de supremacia jurídica relativamente ao co-contratante privado, empossando-o de poderes de execução coactiva de um acto impositivo por si emanado.

Analogamente, é susceptível de ser reconduzido aos poderes de direcção e fiscalização a prerrogativa conferida aos contraentes públicos vertida no n.º 2 do artigo 325.º do CCP, de acordo com a *qual mantendo-se a situação de incumprimento, após notificação do co-contratante e decorrido o prazo tido como razoável, o contraente público pode optar pela efectivação das prestações de natureza fungível em falta, directamente ou por intermédio de terceiro, ou por resolver o contrato com fundamento em incumprimento definitivo*.

Convém não confundir o poder de direcção com o poder de modificação unilateral, nem com o poder de fiscalização.

Como iremos comprovar, o poder de fiscalização tem um carácter passivo e preventivo, pois este apenas permite à entidade pública acompanhar a execução do contrato e evitar situações de incumprimento. Enquanto, no poder de direcção os entes públicos adoptam um papel activo e intervêm na própria execução do contrato.

Os actos que difundem as ordens ou instruções não podem ter por fim uma alteração do que se dispõe no contrato ou de introduzir novas obrigações, sob pena de se estar a tentar utilizar um poder de modificação unilateral. Por conseguinte, se se pretender introduzir novas obrigações, então ter-se-á que fazer uso do poder de modificação unilateral das prestações.

¹³³ MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 245.

Contudo, estes actos também não se podem cingir a repetir as obrigações que já resultam claras do próprio contrato, sob pena de se estar perante uma tentativa da Administração transformar as obrigações contratuais em obrigações impostas ao abrigo do poder de direcção.¹³⁴

Existem casos em que se torna complicado fazer a separação entre estes poderes.

Considera-se ainda que, o poder de direcção se trata de uma prerrogativa de conteúdo indeterminado, pelo que ele pode ser concretizado ou densificado através do próprio contrato ou de acordo endocontratual, apesar de a sua origem ser a lei.

Pelo exposto, deduz-se que este poder nos contratos administrativos nada tem de exorbitante relativamente aos contratos de direito privado, uma vez que, como o âmbito de aplicação do poder de direcção da Administração se limita a certas categorias de contratos, acaba por se reconduzir aos casos em que ele também é aceite nos contratos privados. A originalidade reside somente na característica de este poder existir sempre nos contratos administrativos supra citados, independentemente de qualquer previsão normativa ou contratual e no facto das declarações emanadas no exercício do poder de direcção constituírem simultaneamente actos administrativos e títulos executivos (cfr. artigos 307.º n.º 2 al. a) e 309.º n.º 1 do CCP).

5.3.3- Poder de Fiscalização

Nos termos da al. b) do artigo 302.º do CCP¹³⁵, *o contraente público pode fiscalizar o modo de execução do contrato.*

Ou seja, a Administração tem a faculdade de vigiar e controlar o cumprimento do contrato com o intuito de ficar a par do desempenho do particular. Este, em contrapartida, encontra-se subordinado a um dever de sujeição a inspecções e ao fornecimento de informações que não representem segredos profissionais ou comerciais (cfr. artigo 305.º n.º 2 do CCP).¹³⁶

Trata-se, no fundo, de cumprir a máxima *o concessionário gere, a Administração controla.*

As razões subjacentes a esta prerrogativa são as de permitir à Administração estar mais apta a exercer melhor os poderes de direcção, sancionatório e de resolução, bem como evitar desvios ao cumprimento pontual do contrato em relação aos quais Administração poderia nunca tomar conhecimento, ou só os depreenderia demasiado tarde. Na verdade, este poder é instrumental face

¹³⁴ A propósito das dificuldades na destrição entre poder de modificação unilateral e o poder de direcção, *vide* DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2001, p. 632, em que se apresentam exemplos relativamente a um contrato de empreitada.

¹³⁵ Antiga al. d) do artigo 180.º do CPA.

¹³⁶ Se bem que o dever de informação seja na realidade mútuo, por força do estatuído nos artigos 289.º e 290.º n.º 1 do CCP.

aos poderes sancionatório, de resolução do contrato por incumprimento e de execução coactiva das prestações contratuais em falta de acordo com o artigo 325.º n.º 2 do *CCP*, uma vez que é através do seu exercício que se recolhe os factos justificativos da aplicação de sanções ou da decisão de rescindir unilateralmente o contrato ou que se apura o não cumprimento exacto das obrigações contratuais.

O poder de fiscalização conjuntamente com o poder de aplicar sanções contratuais, as cauções e o próprio regime inerente às situações de incumprimento por facto imputável ao contraente público, desempenham também funções de garantia e/ou incentivos ao cumprimento do contrato.

O poder de fiscalização é um poder de carácter passivo, que se pode desenvolver por via da realização de visitas, verificações de lugares ou peças, pedidos de esclarecimento, vistorias, inspecções, avisos, autorizações, ordens, inquéritos ou qualquer outro meio que o contratante público considere adequado, ficando as respectivas conclusões a constar de autos, relatórios livros de obra ou de serviço (cfr. artigo 305.º n.ºs 2 e 3.º do *CCP*).

O poder de fiscalização pode ser levado a cabo por comissões paritárias ou entidades públicas ou privadas nas quais o adjudicante delegue tais tarefas. Mas nestas circunstâncias são aplicáveis, com as devidas adaptações, as regras sobre delegação de poderes constantes do *CPA* (cfr. artigo 305.º n.º 4 e 5 do *CCP*).

Tal poder está habitualmente associado a contratos de longa duração. Porém, resultam igualmente vantagens se ele estiver presente em contratos de curta ou média duração em que esteja em causa a prossecução de fins de interesse público. Obviamente que, o grau de manifestação deste poder tem de ser diferenciado em função das características do contrato e dos interesses públicos em jogo.

A fiscalização de projectos de investigação e desenvolvimento submete-se a regras próprias, a estabelecer em portaria dos Ministros responsáveis pelos sectores das obras públicas e da ciência (cfr. artigo 306.º do *CCP*).

Pode-se determinar no próprio contrato as condições do exercício deste poder. Contudo, se as partes nada convencionarem, é certo que a lei confere ao contraente público a prerrogativa de fiscalizar não apenas os aspectos técnicos, mas inclusivamente toda a situação financeira e jurídica do modo de execução do contrato. Existem ainda alguns acordos que possibilitam à Administração fiscalizar não apenas a actividade contratual do seu co-contratante, como também toda a sua situação financeira e empresarial. Contudo, estas faculdades "extra-contratuais" só existem na medida em que o contrato as admita e regule.

Daí que, vulgarmente se diferencie a fiscalização técnica (cumprimento das obrigações

contratuais em geral), a fiscalização financeira (contas da empresa) e a fiscalização jurídica (cumprimento dos deveres do contratante perante terceiros e de actos jurídicos que ele pratica, como por exemplo, a cessão da posição contratual ou as regras que ele aprova).

Desta forma, o poder de fiscalização encontra-se sempre limitado pela ideia da defesa do respeito pelo fim de interesse público visado pela decisão de contratar. Já no entender de MARCELLO CAETANO, os dois principais limites a tal poder são: por um lado, as próprias cláusulas contratuais, em relação às quais a Administração não se pode afastar; e por outro lado, o dever de não onerar, dificultar ou impedir o cumprimento do contrato para além do estritamente necessário (princípio da proporcionalidade).¹³⁷ A estes limites o CCP consagrou ainda outro, mais concretamente, o da não diminuição da responsabilidade da contraparte (cfr. artigo 303.º n.º 3).

Em todo o caso, e sob o ponto de vista da responsabilidade, o exercício da fiscalização também não diminui nem exclui as responsabilidades técnicas e os encargos próprios do co-contratante, salvo se essa situação for expressamente acautelada pela Administração, quando dite uma ordem diversa ao contrato ou determine a execução do trabalho em contradição com uma norma técnica ou uma norma ético-profissional, em virtude de acontecimentos excepcionais decorrentes do interesse público (cfr. artigo 303.º n.º 3 do CCP).

Como se pode constatar, valem igualmente para o poder de fiscalização todas as ilações que fizemos sobre o poder de direcção em matéria dos respectivos princípios limitadores.

Com efeito, se observarmos o exercício do poder de fiscalização no âmbito do contrato administrativo em que é mais emblemática a prerrogativa de fiscalização (nomeadamente, a empreitada de obras públicas), concluímos que estamos novamente perante uma característica de "normalidade" em que nada difere, quanto à sua natureza, ao poder de fiscalização de um qualquer dono de obra num qualquer contrato privado de empreitada. De forma que, o poder de fiscalização atribuído à Administração, em si mesmo, nada tem de exorbitante em relação ao Direito Privado. De novo, a originalidade reside somente na característica de este poder existir sempre nos contratos administrativos supra citados, independentemente de qualquer previsão normativa ou contratual e no facto das declarações emanadas no exercício do poder de direcção constituírem simultaneamente actos administrativos e títulos executivos (cfr. artigos 307.º n.º 2 al. a) e 309.º n.º 1 do CCP).

¹³⁷ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1980, p. 617.

5.3.4- Poder de Sanção

Conforme o disposto na al. d) do artigo 302.º do CCP¹³⁸, *o contraente público pode aplicar as sanções previstas para a inexecução do contrato*, nomeadamente em caso de: inexecução total ou parcial do contrato; retardamento na execução; qualquer outra forma de execução imperfeita ou defeituosa; o co-contraente tenha trespasado o contrato para um terceiro sem a prévia autorização do contratante público, etc.

Desde logo, a parte final desta alínea suscita a dúvida sobre se para o exercício do poder de aplicar sanções é suficiente a habilitação deste comando legal, ou então se se carece de uma concretização adicional, em lei avulsa e/ou no contrato. A doutrina maioritária sempre considerou como inaceitável que a existência do poder de aplicar sanções fosse algo de inerente ao estatuto da Administração no contrato administrativo¹³⁹. A lei é aqui mera fonte mediata do poder de aplicar sanções contratuais, pelo que para o seu exercício é imprescindível que a sua previsão, bem como a configuração concreta das sanções, conste de lei aplicável à espécie de contrato em causa, ou do próprio contrato, por força do princípio da tipicidade intangível neste domínio. Apesar de se dispensar de uma enumeração legal taxativa do rol de sanções aplicáveis.

Na nossa opinião o CCP aderiu a esta corrente, pois caso contrário teria reformulado a expressão *previstas para a inexecução do contrato*, que transcreveu sem ressalvas da agora revogada al. e) do artigo 180.º do CPA.

As modalidades emblemáticas deste poder são a aplicação de multas, o sequestro e a substituição da prestação do co-contraente pela de um terceiro, à custa do património daquele. No entanto, o exercício da prerrogativa sancionatória pode converter-se na resolução de contrato nas situações enunciadas no artigo 333.º do CCP. Mas enquanto em algumas circunstâncias a aplicação da sanção pressupõe a sua previsão no contrato (*v.g.* sanções pecuniárias), noutras tal é dispensável, uma vez que a sua aplicação decorre da lei (*v.g.* sanção resolutória).

Não vigorando nesta matéria *numerus clausus*, é aceitável que no contrato se consagre sanções distintas das enumeradas na lei (*v.g.* as advertências). O que não pode de todo suceder é a estatuição de sanções com efeitos extra-contratuais (*v.g.* proibição absoluta de participar em procedimentos de adjudicação).

A multa contratual tanto pode constituir uma penalidade, como uma medida compulsória (isto é, estipulação de uma quantia por dia, até o faltoso cumprir), não estando sujeita ao princípio da taxatividade (isto é, a multa não tem de estar prevista para cada violação concreta de uma obrigação contratual). Embora o artigo 329.º n.º 2 do CCP estatua que *quando as sanções revistam*

¹³⁸ Antiga al. e) do artigo 180.º do CPA.

¹³⁹ Neste sentido *vide*, entre outros, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO GONÇALVES e JOSÉ PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo, Comentado*, Coimbra, 1997, p. 827.

natureza pecuniária, o respectivo valor acumulado não pode exceder 20 % do preço contratual, sem prejuízo do poder de resolução do contrato. Aquela percentagem é elevada para 30% se o contraente público decidir não proceder à resolução do contrato, por dela resultar grave dano para o interesse público.

Outro aspecto curioso imposto pelo artigo 296.º do CCP, é o facto das cauções prestadas pelo co-contratante poderem ser executadas pelo contraente público, sem necessidade de prévia decisão judicial ou arbitral, para satisfação de quaisquer importâncias que se mostrem devidas por força do não cumprimento por aquele das obrigações legais ou contratuais, designadamente por: sanções pecuniárias aplicadas nos termos previstos no contrato; importâncias fixadas no contrato a título de cláusulas penais; prejuízos incorridos pelo contraente público, por força do incumprimento do contrato (*v.g.* prejuízos decorrentes da execução coactiva (directa ou por terceiro) das prestações contratuais em falta, ou com a necessidade de adopção de novo procedimento de formação de contratos no seguimento de resolução - cf. artigos 325.º n.º 3 e 333.º n.º 2 do CCP). As cauções representam, por isso, um excelente mecanismo não só de garantia de celebração do contrato, como também de constrangimento ou de “coacção” no sentido do co-contratante cumprir as suas obrigações contratuais e legais.

O sequestro é empregue basicamente nas concessões, quando o contraente particular negligencie o exercício do poder público que lhe foi confiado, ou quando ele gere mal. Nestes casos, o contratante público passa a ter o direito de avocar o exercício desse poder e as obrigações do particular relativamente ao contrato, ficando a cargo do co-contratante particular todas as despesas que o contraente público fizer enquanto a situação de incumprimento se prolongar. Esta situação de incumprimento só finda pela normalização da atitude do particular, pela ordem administrativa de retoma do serviço dada ao particular, ou pela rescisão do contrato.

Saliente-se que, no direito vigente, para o contraente público recorrer a este instituto basta a iminência do incumprimento e tem como limite máximo de duração o prazo de 1 ano (cfr. artigo 421.º do CCP). Ou seja, o sequestro consiste numa medida temporária que tem duas finalidades: garantir o desenvolvimento contínuo e regular da tarefa pública concedida, com vista a salvaguardar o interesse público e os direitos dos utilizadores do serviço ou da obra pública; bem como evitar a resolução imediata do contrato.

O carácter sancionatório do sequestro reside no facto de, enquanto o mesmo subsistir, o co-contratante, além de ter de comportar as despesas normais e extraordinárias do serviço, está igualmente destituído do direito de exploração do mesmo e do recebimento das respectivas receitas. Mas isso não significa que ele perca o seu direito à concessão.

A função primacial da sanção nos contratos administrativos não é, nem a de reprimir as violações contratuais, nem a de indemnizar a Administração pelos prejuízos comportados. Mas sim

a de coagir o particular a cumprir a prestação a que está submetido e, dessa forma, assegurar a prossecução do interesse público subjacente ao contrato. Sendo este o motivo pelo qual se tem entendido que as sanções típicas do direito privado (designadamente a *exceptio non adimpletis contractus*¹⁴⁰ e a condenação judicial) são insuficientes em sede de contrato administrativo. De forma que, se sentiu a necessidade de sujeitar esta espécie de contratos a um regime jurídico original em matéria de sanções, sustentado em três aspectos: aumento do número e variedade de sanções aplicáveis; existência de sanções independentemente de previsão contratual; e aplicação das sanções de forma unilateral pela Administração.¹⁴¹

Cada vez é mais usual a consagração de cláusulas penais (*stipulatio poenae*) nos contratos administrativos. Estas traduzem-se na fixação de uma obrigação acessória, pela qual o devedor constitui uma garantia, obrigando-se por um novo vínculo obrigatório a satisfazer uma prestação em caso de incumprimento da primeira obrigação. As funções principais da *stipulatio poenae* são basicamente quatro: garantia; substitutiva da indemnização de perdas e danos; liberatória; e sancionatória. No entanto, tal como sucede nos contratos privados, esta sanção só pode estar presente na contratação administrativa, na eventualidade de ela ter sido prévia e expressamente outorgada pelas partes (*vide* artigo 329.º do CCP).

Assim, se no contrato estiver consagrada uma cláusula penal e se verificar uma situação de incumprimento de obrigações contratuais, o contraente público para além de poder impor sanções contratuais, sem necessidade de recurso ao tribunal, está igualmente habilitado a fixar a cobrança administrativa da indemnização dos prejuízos daí decorrentes.¹⁴²

O artigo 325.º n.º 4 do CCP elucida ainda que a obrigação de indemnização por mora e incumprimento definitivo não é prejudicada pelos normativos legais referentes à execução coactiva das prestações contratuais em falta, nem pela aplicação de sanções contratuais.

Questão relevante foi sempre a de saber se a Administração poderá aplicar sanções com recurso ao seu tradicional privilégio de execução prévia.¹⁴³ Ora, durante a vigência do CPA a resposta a esta pergunta estava dependente do facto das sanções se encontrarem ou não consagradas no respectivo contrato. Se não houvesse qualquer habilitação (legal ou contratual)

¹⁴⁰ Figura legalmente prevista nos artigos 428.º e segs. do CC, que traduz-se na faculdade concedida a qualquer das partes num contrato sinalagmático, em que o prazo para a realização das prestações seja o mesmo, de recusar realizar a sua prestação, enquanto a contraparte não oferecer cumprimento simultâneo.

¹⁴¹ *Vide* ANDRÉ LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif*, I, L.G.D.J., Paris, 1984, p. 409.

¹⁴² No direito privado é necessário recorrer ao tribunal para se proceder à cobrança inerente a uma sanção pecuniária compulsória.

¹⁴³ A doutrina francesa sempre considerou que a Administração tem o privilégio de execução prévia de aplicação de sanções; no entanto, ela pode prescindir de usar essa sua prerrogativa, recorrendo ao juiz para efeito de estipulação de sanções. Sobre este assunto, *vide* MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 130.

específica, a sanção administrativa era tida como uma mera declaração negocial, pelo que, só poderia ser declarada pelo juiz do contrato. Se a sanção contratual se encontrasse consagrada, e ao contrário do que se verificava (e ainda se verifica) no direito privado, a Administração não necessitava de uma sentença judicial prévia a declarar a inexecução contratual pelo “prevaricador”.¹⁴⁴

Com a entrada em vigor do *CCP* deixou de ser necessário fazer aquela distinção, na medida em que agora todas e quaisquer declarações do contraente público sobre a execução do contrato que se traduzam em aplicação das sanções previstas para a inexecução do contrato são, para além de actos administrativos, títulos executivos, à excepção do sequestro e da resolução sancionatória (cfr. artigos 307.º n.º 2 al. c) e 309.º n.ºs 1 e 2 do *CCP*). Consequentemente, o contratante público pode executar as sanções directamente por via de acção executiva nos termos gerais junto do tribunal administrativo competente (cfr. artigos 801.º e segs. do Código de Processo Civil, *ex vi* artigo 157 n.º 2 do *CPTA*). Ao passo que, o co-contratante tem de as atacar por via de acção administrativa especial de impugnação da validade de actos administrativo e, sobretudo, por via da providência cautelar da suspensão da sua eficácia (de acordo com os artigos 46.º n.º 2 al. a), 50.º e 112.º n.º 2 al. a) do *CPTA*).

No que concerne em particular ao sequestro, à resolução sancionatória e à execução da caução, o *CCP* estipulou que eles são actos administrativos executórios, susceptíveis de imposição coerciva pela Administração sem necessidade de recurso à via judicial (cfr. artigos 307.º n.º 2 al. c) e 309.º n.ºs 1 e 2 do *CCP*).¹⁴⁵

Esta é a principal diferença entre o exercício deste poder na contratação administrativa e o exercício do mesmo na contratação privada. Mas em termos da sua natureza e alcance, as sanções susceptíveis de ser aplicadas pela Administração não divergem muito em relação às que vigoram no direito contratual privado.

Por outro lado, a aplicação da sanção contratual constitui uma forma de exercício de um poder público e implica um forte poder de ingerência. Consequentemente, para a sua efectivação

¹⁴⁴ Nesse sentido *vide*, entre outros, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2001, p. 635 e PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo – Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 111.

¹⁴⁵ Sobre o carácter executório da decisão que determina a execução da caução escreveu PEDRO GONÇALVES, *Cumprimento e Incumprimento do Contrato Administrativo*, in *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008, p. 588, *temos dúvidas, a começar logo pelo plano da conformidade constitucional, de que, nesta parte – quanto à execução de cauções para pagamento de indemnizações ao contraente público –, a lei se possa interpretar no sentido de atribuir a este o privilégio de se apresentar como uma espécie de “juiz em causa própria”, com o poder de definir a subsistência de um direito de indemnização e, depois, de indicar o quantum desta. Afigura-se, pois, que, fora dos casos em que a lei lhe atribua categoricamente um direito a ser ressarcido por certos e determinados prejuízos, as cauções não podem ser executadas pelo contraente público para se indemnizar de prejuízos que não se sabe quem tem de suportar.*

cumpra observar os princípios subjacentes aos procedimentos administrativos de género sancionatório, mais concretamente a matéria referente às garantias e ao princípio do contraditório.¹⁴⁶ Daí a exigência estabelecida no artigo 308.º n.º 2 do *CCP* de a formação dos actos administrativos emitidos pelo contraente público que visem a aplicação de sanções contratuais estar sujeita ao regime da marcha do procedimento estabelecido pelo *CPA*, impondo-se assim a obrigatoriedade de audiência prévia do co-contratante, nos termos previstos naquele diploma. Sendo certo que esta exigência poderá ser dispensada, por determinação do contraente público, *se a sanção a aplicar tiver natureza pecuniária e se encontrar caucionada por garantia bancária à primeira solicitação ou por instrumento equivalente, desde que haja fundado receio de a execução da mesma se frustrar por virtude daquela audiência* (cfr. artigo 308.º n.º 3 do *CCP*).

5.3.5- Poder de Rescisão Unilateral

O artigo 330.º do *CCP* prevê três causas de extinção do contrato administrativo:

- i) o cumprimento, a impossibilidade definitiva e todas as restantes causas de extinção das obrigações reconhecidas pelo direito civil;
- ii) a revogação (que resulta sempre de um acordo entre as partes cfr. artigo 331.º do *CCP*); e
- iii) a resolução, por via de decisão judicial¹⁴⁷ ou arbitral ou por decisão do contraente público, nos casos previstos nos artigos 333.º a 335.º

Neste contexto, a al. e) do artigo 302.º do *CCP* dispõe que *o contraente público pode resolver unilateralmente o contrato*.

Esta norma corresponde à antiga al. c) do artigo 180.º do *CPA*. Se bem que, tal como MARIO AROSO DE ALMEIDA assinala, o *CCP* *amplia o âmbito dos poderes de definição unilateral do contraente público que decorriam do teor literal do precedente art. 180.º do CPA, no que respeita aos poderes sancionatórios do contraente público. Com efeito, a al. e) do art. 180.º limitava-se a admitir, sem mais especificações, a possibilidade de o contraente público aplicar as sanções para a inexecução do contrato que estivessem previstas, desse modo remetendo, de modo genérico, o ónus da previsão das eventuais sanções para lei especial ou para estipulação no*

¹⁴⁶ Mesmo antes da entrada em vigor do *CCP*, já a jurisprudência tinha o mesmo entendimento (neste sentido *vide*, entre outros, Acórdãos do STA, I.ª secção, de 21/05/1996, proferido no processo n.º 35.739 e de 24/03/1998, proferido no processo n.º 42.594). Aliás, isto decorre do próprio artigo 32.º n.º 10 da *CRP*.

¹⁴⁷ Os fundamentos subjacentes à extinção do contrato mediante acto jurisdicional podem ser de várias índoles, designadamente: um caso de invalidade a pedido das partes ou de terceiros; a pedido do particular por *falta grave e séria* da responsabilidade do ente público, susceptível de pôr em causa a subsistência da relação contratual; a pedido do particular nos casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias ou de força maior, quando a entidade pública não dê o seu acordo; por pedido da Administração em situações nas quais a entidade administrativa não disponha de poderes de impor a rescisão por via administrativa (porque o contrato é paritário); *etc.*

*próprio contrato. O novo Código, pelo contrário, confere directamente ao contraente público o poder de proceder à resolução sancionatória do contrato em certas circunstâncias.*¹⁴⁸

Assim sendo, actualmente a resolução do contrato administrativo por parte do contraente público pode proceder de três circunstâncias distintas: por superveniência de um motivo de interesse público que obriga à cessação do vínculo contratual; por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar; e por inexecução do contrato ou a violação grave de deveres contratuais (é a chamada resolução-sanção) – cfr. artigos 333.º a 335.º do CCP.

A rescisão é a extinção do contrato, durante a sua vigência, por manifestação de vontade de um dos contraentes. Mas quando executada pela Administração, com fundamento em exigência do interesse público, a rescisão é um poder discricionário cujo fim *é o de evitar males maiores do que os já produzidos pela dificuldade ou impossibilidade de cumprimento do pactuado* (MARCELLO CAETANO).¹⁴⁹

Desta feita, e analogamente ao que ocorre com o exercício do poder de modificação unilateral, estamos no âmbito da *reserva de interesse público*¹⁵⁰, o qual se sobrepõe ao próprio princípio milenar do *pacta sunt servanda*¹⁵¹. Pois, caso julgássemos que o contrato deve prevalecer sobre o interesse público, correr-se-ia o risco de se inverter toda a lógica do direito público.¹⁵²

Aliás, há quem veja este poder de rescisão por imperativos de interesse público como uma manifestação do poder de modificação unilateral, no sentido de que ele se traduz na alteração da cláusula relativa à duração do contrato.¹⁵³ Por outro lado, existem autores que assumem uma opinião distinta, visto considerarem que não obstante o poder de rescisão e o poder de modificação terem fundamentos de certa forma similares, eles possuem uma natureza inteiramente divergente. É que para esta parte da doutrina, em última instância, é a própria lei a impor a rescisão do contrato nos casos em que já não se justifique a manutenção do contrato, uma vez que *desaparece a razão pela qual a lei concede força vinculativa ao acordo, como contrato administrativo (...) e a Administração, nada mais faz*

¹⁴⁸ MARIO AROSO DE ALMEIDA, *Contratos Administrativos e Poderes de Conformação do Contraente Público no Novo Código dos Contratos Públicos*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 66, CEJUR, Novembro/Dezembro 2007, pp. 10 e 11.

¹⁴⁹ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1980, p. 637.

¹⁵⁰ Vide MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO GONÇALVES e JOSÉ PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo, Comentado*, Coimbra, 1997, p. 826.

¹⁵¹ Do princípio *pacta sunt servanda*, proclamado no artigo 406.º do CC, decorrem três comandos: o cumprimento do contrato é obrigatório; só o mútuo consenso das partes pode legitimar a sua modificação; ambos os contraentes estão reciprocamente em posição de igualdade. O que não é o que necessariamente sucede nos contratos administrativos.

¹⁵² Vide PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo - Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra, 2003, p. 104.

¹⁵³ Vide ANDRÉ LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif*, I, L.G.D.J., Paris, 1984, p. 413.

*senão declarar o momento em que o fenómeno se produz (ATHAYDE).*¹⁵⁴

A decisão do contratante público proceder à rescisão por razões de interesse público tem de se encontrar devidamente fundamentada, identificando-se os interesses públicos subjacentes que levam a que naquele caso concreto se prescindia da manutenção do contrato celebrado. Esta fundamentação terá relevo para efeitos de controlo, sobretudo jurisdicional, da decisão de rescisão, nomeadamente no que concerne à sua proporcionalidade. E é em função desta última que se determinará da legalidade e imparcialidade da rescisão.

Por sua vez, a justa indemnização, devida na sequência duma rescisão deste tipo, tem por finalidade restabelecer o equilíbrio financeiro perturbado, abrangendo os danos emergentes e os lucros cessantes, deduzindo-se destes o benefício que resulte da antecipação de ganhos previstos (cfr. artigo 334.º n.º 1 do CCP).

Em bom rigor, esta justa indemnização tem a sua génese nos imperativos do princípio da justiça e do direito fundamental à propriedade privada, reconhecido no artigo 62.º da CRP.

Paralelamente, ainda que Administração goze nesta matéria de um grau de discricionariedade elevado, ela tem de respeitar determinados limites de carácter material e procedimental, designadamente:¹⁵⁵

i) A rescisão por razões de interesse público tem que ter uma correspondência mínima relativamente à realidade com que a Administração se depara, sendo indispensável que o motivo de rescisão seja actual e não futuro e/ou hipotético;

ii) A resolução por imperativo de interesse público não deve ser usada como forma de escamotear qualquer incumprimento por parte da entidade adjudicante. Além de que, a inobservância da prossecução do interesse público configura o vício de desvio de poder;

iii) O exercício do poder de resolução unilateral encontra-se submetido ao princípio da proporcionalidade, no sentido de que, se a Administração puder modificar, não deve resolver o contrato. Até porque, o valor indemnizatório é tendencialmente idêntico em ambos os casos (v.g. artigos 282.º n.º 3, 314.º n.º 1 al. b) e 334.º n.º 2 do CCP);

iv) A fundamentação assegura a imparcialidade da decisão de rescisão.

O poder de rescisão unilateral por imperativo de interesse público poderá traduzir-se na figura do resgate (denominada no Brasil por encampação e, nos países anglo-saxónicos, por *buy back*). Esta figura ocorre essencialmente nas concessões e consiste *no acto administrativo através do qual a Administração, antes de ocorrer o termo do contrato, resolve recuperar o desempenho das atribuições administrativas*

¹⁵⁴ Vide AUGUSTO DE ATHAYDE, *Poderes Unilaterais da Administração sobre o Contrato Administrativo*, Editora Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1981, p. 99.

¹⁵⁵ Vide MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO GONÇALVES e JOSÉ PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo, Comentado*, Coimbra, 1997, p. 826.

*confiadas ao contraente particular, não como sanção, mas por imperativo do interesse público e mediante pagamento de justa indemnização (p.ex: a exoneração por conveniência de serviço).*¹⁵⁶

Enquanto na rescisão, coloca-se, pura e simplesmente, termo ao contrato. No resgate, reconhece-se que é mais proveitoso para o interesse público que a actividade seja realizada directamente pela Administração ou por um terceiro através de uma nova concessão.

Por via do resgate, a Administração readquire os poderes públicos e/ou os bens que tinha transferido para o particular, assumindo também todos os direitos e obrigações do co-contraente decorrentes de subcontratos celebrados com terceiros, antes de findo o prazo do contrato. Pode, no entanto, suceder que também sejam transferidos para a Administração certos bens do concessionário, desde que tal tenha sido acordado (cfr. artigo 422.º n.º 7 do CCP).

O resgate da concessão obriga ao pagamento de uma indemnização nos exactos termos em que ocorre na resolução por imperativo de interesse público (v.g. artigos 334.º n.º 2 e 422.º n.º 5 do CCP) – vulgo prémio de evicção ou indemnização industrial.

Regra geral, o resgate não pode ser efectuado antes de decorrido o prazo de garantia da concessão, o qual, salvo estipulação em contrário, é de um terço da duração do contrato (cfr. artigo 422.º n.º 1 do CCP). A razão subjacente a este prazo de garantia é a protecção do interesse do concessionário na gestão do serviço. No entanto, há autores que entendem que no decurso do prazo de garantia a Administração mantém, em casos excepcionais, o poder de rescisão do contrato por imperativo de interesse público diferente daquele que o resgate pretende acautelar. Ou seja, a rescisão durante esse período não se pode fundar numa situação de *reprise* do serviço ou de atribuir uma concessão segundo novas condições.¹⁵⁷

O artigo 335.º do CCP concede ainda ao contratante público a faculdade de resolver o contrato *quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato do âmbito do exercício de poderes de conformação da relação contratual*. O desfecho é o mesmo que o do exercício do poder de resolução unilateral *stricto sensu*, nomeadamente a indemnização por danos emergentes e lucros cessantes, descontado o ganho em virtude da antecipação do benefício (cfr. artigo 335.º n.º 2 por remissão para o artigo 334.º n.º 2 ambos do CCP).

Na verdade, os casos de resolução por alteração das circunstâncias surgem como alternativa

¹⁵⁶ Vide DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2001, p. 649.

¹⁵⁷ Neste sentido *vide*, entre outros, PEDRO GONÇALVES, *Concessão de Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 345 e AUGUSTO DE ATHAYDE, *Poderes Unilaterais da Administração sobre o Contrato Administrativo*, Editora Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1981, p.99.

aos casos em que é possível a modificação objectiva do contrato, nos termos da al. a) do artigo 312.º do *CCP*, e vice-versa.

PEDRO GONÇALVES considera, no entanto, não ser correcta a distinção entre a resolução por imperativo de interesse público e a resolução por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, porque regra geral esta última não tem aplicação prática nas situações contratuais em que o contraente público está colocado. E mesmo se isso se verificasse, então a resolução por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias subsumia-se na figura da resolução por imperativo de interesse público.¹⁵⁸

Por seu turno, a rescisão do contrato, enquanto resultado do poder sancionatório, é a sanção mais severa e mais grave susceptível de ser aplicada ao co-contraente particular, quando este incorra nalguma das situações enumeradas nas diversas alíneas do n.º 1 do artigo 333.º do *CCP*, ou noutras enunciadas no contrato. Trata-se mormente de sancionar o contratante privado quando este não cumpre, ou não cumpre integralmente, de forma culposa, as suas obrigações contratuais, causando assim um grave prejuízo para o serviço público, ou pela inobservância de deveres contratuais acessórios, mas cujo desrespeito põe em causa a relação de confiança essencial à manutenção da relação contratual.

Dado a resolução sancionatória do contrato fundar-se na lei (mais propriamente, nos artigos 329.º n.º 1 e 333.º do *CCP*), ela representa um poder público extra.-contratual.

A rescisão-sanção tem carácter excepcional e vinculado, só devendo ser empregue como *ultima ratio*¹⁵⁹, ou seja, quando a violação grave dos deveres do particular torne insusceptível a manutenção da relação contratual. Para se tomar essa decisão importa ter em conta a gravidade concreta da infracção, o carácter essencial da obrigação não cumprida, o interesse público e os “custos de resolução” inerentes à dissolução do vínculo contratual e da mudança do co-contraente.

Ao passo que, no caso de uma violação menos grave a entidade pública deve tentar que o seu co-contratante rectifique a sua conduta ou então aplica-lhe uma das sanções menos severas (como as multas, por exemplo). Com efeito, ainda que o poder de resolução-sanção tenha a sua fundamentação na lei e, por isso, possa ser exercido independentemente de se encontrar ou não consagrado no contrato, tal não desonera a Administração de respeitar dois princípios de contrapeso, nomeadamente os princípios da legalidade e da proporcionalidade.

Assim, ao contrário do que sucede na rescisão por imperativo de interesse público, o exercício do poder de rescisão-sanção está vinculado não só em termos das situações em que pode ser

¹⁵⁸ PEDRO GONÇALVES, *A Relação Jurídica Fundada em Contrato Administrativo*, Cadernos de Justiça Administrativa, CEJUR, n.º 64, Julho/Agosto 2007, p. 42.

¹⁵⁹ Vide DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2001, p. 647.

empregue, como também a cânones de proporcionalidade. Não podemos olvidar que estamos num campo em que o grau de lesividade é elevado, tanto para o adjudicatário como para o adjudicante. Daí que, regra geral, o contratante público nunca poderá aplicar a resolução-sanção sem anteriormente ter *constituído em mora* o seu co-contratante, isto é, sem o ter prevenido de que está a cometer uma violação dos seus deveres de natureza contratual e de lhe facultar um prazo razoável para ele cumprir as obrigações em falta (cfr. artigo 325 n.º 1 do *CCP*). Na eventualidade desta notificação não surtir efeitos, é que o contraente público pode decidir-se pela efectivação das prestações de natureza fungível em falta (por si ou terceiro) ou por resolver o contrato, sem prejuízo para a aplicação de sanções previstas no contrato para o caso de incumprimento, nem da aplicação das disposições relativas à obrigação de indemnização por mora e incumprimento definitivo previstas no Código Civil, nem da responsabilização do co-contratante por danos resultantes da necessidade de promover novo procedimento concursal (cfr. artigos 325 n.ºs 2 a 4 e 333.º n.º 2 *CCP*).

Se na sequência da notificação, o co-contratante reinicie o cumprimento do contrato, tal não obsta a que ele seja objecto de sanções contratuais (que não a resolução) e ao dever de indemnizar os prejuízos incorridos pelo contraente público em virtude da mora

Significa isto que, a resolução assente no incumprimento do contrato pressupõe um incumprimento definitivo por facto imputável ao co-contratante, o qual, usualmente, só se obtém após a sua notificação para cumprir. Acontece que, há situações em que não é necessário a conversão da mora em incumprimento definitivo para se poder aplicar a sanção de rescisão. Trata-se das hipóteses em que o cumprimento do contrato se tornou impossível ou quando o contraente público perdeu o interesse na prestação (*v.g.* incumprimentos de prazos essenciais).

A rescisão-sanção pode originar outros efeitos, a saber: execução ou perda total e automática a favor da Administração da caução que o co-contratante haja depositado; a reversão para o concedente dos bens deste que estejam integrados no estabelecimento da concessão; bem como a transferência dos bens desse estabelecimento que, tendo sido adquiridos pelo concessionário, se convencionou que seriam transferidos para o concedente (cfr. artigo 333.º n.º 3 do *CCP*). Todavia, não parece ser admissível associar à resolução sancionatória efeitos extra-contratuais, nomeadamente a proibição futura de contratar com a Administração.

Cumpra ainda fazer menção ao instituto consagrado no artigo 322.º n.º 2 do *CCP*, segundo o qual em casos de incumprimento grave por parte do co-contratante e quando haja estipulação contratual nesse sentido, as entidades financiadoras podem, mediante autorização do contraente público, intervir no contrato, com vista a assegurar a continuidade das prestações contratuais. Tal parece constituir mais uma manifestação do princípio da subsidiariedade da resolução-sanção.

Na hipótese do co-contratante decidir impugnar o acto que determina a resolução unilateral do contrato, por qualquer um dos motivos que agora acabamos de descrever, ele terá de intentar uma acção administrativa especial, na medida em que se está perante um acto administrativo (cfr. artigo 46.º n.º 2 al. a) do *CPTA* e artigo 307.º n.º 2 al. d) do *CCP*). Todavia, para os direitos e interesses do co-contratante ficarem devidamente salvaguardados, torna-se importante que ele deduza simultaneamente providência cautelar de suspensão da eficácia da decisão de resolução (de acordo com os artigos 46.º, 50.º e 112.º n.º 2 al. a) do *CPTA*). E, se em sede cautelar, o co-contratante privado não obtiver sucesso, só lhe resta propor acção indemnizatória na sequência de facto ilícito, consubstanciado na ilegítima invocação de causa de resolução.

Por último, importa realçar que quer na rescisão por imperativo de interesse público, quer na rescisão por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias parece não haver lugar a audiência prévia do co-contratante, o mesmo não sucedendo se estiver em causa uma situação de rescisão sanção (cfr. artigos 308.º n.º 2 e 3 do *CCP*).

Como se pode depreender, a prerrogativa de rescisão unilateral, em si mesma, não é exclusiva do contrato administrativo, podendo ser plenamente exercida num contrato jurídico-privado (*v.g.* o artigo 1229.º do *CC* determina que o dono da obra pode desistir da construção a todo o tempo, ainda que já em execução, desde que indemnize o empreiteiro). Apenas aquilo que é expressão de um poder exorbitante nos contratos administrativos é o facto de o contraente público ter sempre este poder, independentemente de qualquer previsão contratual e, sobretudo, pela decisão de rescisão unilateral consubstanciar um acto administrativo imperativo e coercivamente executável sem recurso aos tribunais (cfr. artigos 307.º n.º 2 al. d) e 309.º n.ºs 1 e 2 do *CCP*).

5.3.6- Poder de Interpretação

No que respeita à questão da interpretação, importa distinguir entre: o poder da Administração, através de actos unilaterais e executórios, interpretar unilateralmente as cláusulas dos contratos administrativos (isto é, poder autónomo de interpretação); da actividade de interpretação que é inerente e é pressuposto de qualquer acto de execução do contrato.

Em Portugal, a doutrina maioritária sempre aceitou esta segunda modalidade de interpretação. Contudo, sempre condenou a possibilidade de ser conferida à Administração a faculdade de interpretação unilateral dos contratos administrativos. O *CCP*, na linha de pensamento que já vinha do *CPA*, acolheu esta posição doutrinária, visto ter estipulado no seu artigo 307.º n.º 1 que *as declarações do contraente público sobre interpretação e validade do contrato ou sobre a sua execução são meras declarações negociais, pelo que, na falta de acordo do co-contratante, o contraente público apenas pode obter os efeitos*

pretendidos através do recurso à via judicial.

Este artigo concede assim um carácter geral à natureza opinativa dos actos administrativos interpretativos de cláusulas contratuais, ou que se pronunciem sobre a respectiva validade. Neste sentido, para poder executar tais actos, a Administração terá previamente de lançar mão de uma acção administrativa declarativa junto do tribunal competente, ficando-lhe, por conseguinte, vedada a possibilidade de execução coerciva por via administrativa. Tal só não se verificará se existir acordo entre as partes.

Em termos de contencioso, os litígios respeitantes à interpretação dos contratos seguem a forma de acção administrativa comum, por força dos artigos 37.º n.º 2 al. h) do *CPTA* e 307.º n.º 1 do *CCP*.

Porém, e em abono da verdade, não se deve deixar de frisar que o contratante público pode, através de ordens e instruções, elucidar aspectos omissos ou menos claros no contrato, no que se traduzirá no exercício de uma autotutela declarativa implícita. Logo, nestes casos somos de opinião que estes actos não devem estar isentos, por razões meramente formais, de ser objecto de escrutínio judicial em fase declarativa, por recurso a acção administrativa especial de impugnação da validade destes actos.

Realce-se ainda o facto de, desde o artigo 180.º do *CPA* não se incluir a faculdade de interpretar o contrato no elenco de poderes da Administração ao nível de conformação da relação contratual.

Nem sempre a lei portuguesa excluiu a possibilidade da Administração interpretar unilateralmente as cláusulas do contrato (era o caso, por exemplo, das concessões de obras e serviços públicos). Além disso, há ainda as excepções à proibição geral de interpretação unilateral decorrentes do próprio contrato atribuir à Administração tal prerrogativa, bem como nos casos em que se estipulam no contrato cláusulas que se considera terem natureza regulamentar e não contratual. Mas nestas últimas hipóteses, o poder autónomo de interpretação não resulta da natureza administrativa do contrato, mas sim de uma opção contratual das partes. Onde se conclui que o poder de interpretação das cláusulas contratuais não é hoje verdadeiramente encarado como uma prerrogativa exorbitante da Administração.

Em todo o caso, dado os contratos administrativos serem negócios jurídicos bilaterais, nada mais lógico que aplicar-se-lhes primeiramente as regras de interpretação constantes no Código Civil. Porém, esta espécie de contratos tem natureza específica, implicando, por isso, que o direito administrativo consagre excepções àquelas regras gerais do Código Civil. Esta solução decorre do disposto no artigo 280.º n.º 3 do *CCP*.

De modo que, na interpretação dos contratos administrativos dever-se-á atender aos seguintes

princípios específicos: proibição de a Administração actuar executivamente em matéria de interpretação de contratos administrativos (cfr. artigo 307.º n.º 1 do CCP); especial ponderação do procedimento pré-contratual para descortinar a vontade real das partes (nomeadamente, do anúncio e programa do concurso, caderno de encargos, das reclamações, da acta da sessão de abertura de propostas, *etc.*), assim como aos usos e regras da arte, à natureza e ao fim do contrato; respeito pelo interesse privado do contraente particular.¹⁶⁰

Cumpre, no entanto, salientar que estes dois últimos princípios não são inteiramente originais face ao Código Civil, já que eles se encontram consagrados nos seus artigos 237.º e 239.º. Simplesmente, no domínio dos contratos administrativos tais princípios adquirem uma especial importância e intensidade, porque, para além de estes implicarem elevados encargos patrimoniais para todos os contraentes, há todo um procedimento longo e amplamente documentado, anterior à celebração do contrato.

Paralelamente, há a noção na doutrina que, o desrespeito pelo interesse privado do contraente particular pode pôr em causa a eficácia da actuação administrativa que se visou com a celebração do contrato.

5.3.7- Natureza dos actos de conformação da relação contratual

O CCP assume uma atitude aclaradora no que concerne à matéria sobre a natureza jurídica dos comportamentos declarativos que traduzam o exercício de poderes do contratante público, ao conceder a este último a capacidade jurídica formal para a prática de actos administrativos.

Na verdade, o artigo 307.º daquele diploma legal estatui explicitamente que, regra geral, as declarações do *contratante público* são *meras declarações negociais, com excepção das declarações do contraente público sobre a execução do contrato que se traduzam em: ordens, directivas ou instruções no exercício dos poderes de direcção e de fiscalização; modificação unilateral das cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público; aplicação das sanções previstas para a inexecução do contrato; resolução unilateral do contrato*. Por conseguinte, estas últimas revestem a natureza de acto administrativo. Ao passo que, as declarações sobre a interpretação e a validade do contrato ou sobre a sua execução são sempre e sem excepção *meras declarações negociais, pelo que, na falta de acordo do co-contratante, o contraente público apenas pode obter os efeitos pretendidos através do recurso à acção administrativa comum*.

Desta feita, o artigo 307.º do CCP acaba por limitar os actos administrativos aos praticados no

¹⁶⁰ Neste sentido *vide*, entre outros, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1980, pp. 610-611 e DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 611-614.

exercício dos poderes de autoridade estatuídos no artigo 302.º do *CCP*.

Neste quadro, denota-se: por um lado, um nivelamento das posições das partes contratuais quando está em causa questões sobre interpretação, validade ou execução, já que se está perante actos negociais (contratuais); e, por outro lado, um desequilíbrio das posições das partes, com vista a acentuar a supremacia do contraente público, quando está em causa o exercício das prerrogativas exorbitantes, já que se está perante actos de autoridade.

No entanto, não reveste a natureza de acto administrativo a resolução fundamentada que se oponha à invocação por parte do contraente privado da excepção de não cumprimento, nos termos do artigo 327.º do *CCP*, visto não se encaixar no rol dos poderes de conformação do contrato público enunciados no artigo 307.º n.º 2 do *CCP*. Consequentemente, esta resolução fundamentada constitui uma declaração negocial que, por força da lei, impossibilita à contraparte de concretizar de imediato a recusa de cumprimento das respectivas prestações contratuais, impondo-lhe assim o ónus de deduzir uma acção administrativa comum para que o tribunal administrativo competente efectue a ponderação dos interesses públicos e privados em presença.

Mas, ao contrário do que é sugerido por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA¹⁶¹, não consideramos que o poder de resolução do contraente público com fundamento na alteração anormal e imprevisível das circunstâncias possa ser entendido como uma mera declaração negocial (carecendo de confirmação judicial prévia para vincular a outra parte), na medida em que a al. d) do n.º 2 do artigo 307.º do *CCP* não faz qualquer distinção entre os diversos motivos que legitimam a resolução unilateral do contrato (ou seja, quer por imperativo de interesse público, quer por incumprimento, quer por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias).

Como se pode observar, a lei estabelece uma relação directa entre capacidade formal para a prática de actos administrativos no âmbito da execução do contrato e a competência material para o exercício dos poderes exorbitantes enunciados no artigo 302.º do *CCP*.

Em bom rigor, esta opção legal já parecia resultar da interpretação conjugada dos anteriores artigos 180.º, 186.º e 187.º do *CPA*. Todavia, não obstante no final da vigência das normas em questão a doutrina e jurisprudência maioritária propenderem para qualificar como actos

¹⁶¹ MARIO AROSO DE ALMEIDA, *Contratos Administrativos e Poderes de Conformação do Contraente Público no Novo Código dos Contratos Públicos*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 66, CEJUR, Novembro/Dezembro 2007, p. 15, defende que a resolução do contratante público com fundamento em alteração anormal e imprevisível das circunstâncias parece revestir natureza de uma mera declaração negocial unilateral receptícea nos termos do artigo 436.º n.º 1 do *CC*, uma vez que não são objecto de qualificação formal nesse sentido pelo artigo 307.º n.º 2 do *CCP*, além de que, esta figura está autonomizada nos artigos 334.º e 335.º do *CCP* em relação ao poder de resolução por razões de interesse público.

administrativos todos os actos praticados no âmbito das relações contratuais administrativas¹⁶², a verdade é que no início o artigo 180.º do CPA não foi bem acolhido. Isso ficou a dever-se à solução por ele consagrada não ter tradição no direito nacional. De facto, a jurisprudência e doutrina portuguesa até então sempre se haviam inclinado para a concepção das relações contratuais administrativas como relações eminentemente paritárias. Mesmo durante o Estado Novo, a jurisprudência e a doutrina dominante consideravam que o artigo 851.º do Código Administrativo apenas aceitava a prática de actos administrativos no domínio das relações administrativas se existisse lei especial que o previsse. Considerando, inclusive, que tal não ocorria relativamente aos contratos de empreitada de obras públicas.¹⁶³

Pelo que, é fácil compreender a existência de contestação por parte de uma fracção da doutrina à solução vertida no artigo 307.º do CCP. É o caso de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, segundo o qual a qualificação em bloco como actos administrativos de todos os actos que se traduzam no exercício dos poderes exorbitantes se afigura questionável por diversas ordens de razões, a saber: a) *o moderno entendimento da Administrativo Pública e do seu posicionamento perante os particulares num Estado de Direito democrático aconselha a que não se sobrevalorize e, pelo contrário, se atribua o devido peso ao exercício de poderes de autoridade da Administração, circunscrevendo aos domínios em que ele se revele verdadeiramente indispensável; b) o contrato administrativo não deve ser prioritariamente encarado como um instrumento de subjugação dos particulares ao poder da Administração, mas como uma fonte de relações jurídicas eminentemente paritárias; c) a titularidade do poder de emitir actos administrativos no âmbito da relação contratual não decorre da natureza dos contratos administrativos, como algo de indispensável para que eles possam ser normalmente utilizados como uma forma de prossecução das atribuições das entidades públicas que os celebram d) atenta a definição ampla e heterogênea de contrato administrativo de que parte o Código, que, muito para além do círculo limitado dos referidos tipos contratuais emblemáticos, implica (...), que, em última análise, para que um contrato seja administrativo, basta que as partes entendam estipular que assim é (ou seja, que o contraente público faça prever que assim é), sem que o Código estabeleça, entretanto, quaisquer parâmetros conformadores do poder que, deste modo, confere aos contraentes públicos de fazerem qualificar como administrativo todo e qualquer contrato que*

¹⁶² Neste sentido *vide*, entre outros, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, Vol. I, Enc. Pólis, Lisboa, 1980, pp. 662 e segs., DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 614 e segs., PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo – Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 30 e segs. e MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Vol. III, Lisboa, 2007, pp. 278-279, os quais defendem mesmo a extensão da aplicabilidade do regime do artigo 180.º do CPA aos próprios contratos de direito privado da Administração.

¹⁶³ Neste sentido *vide*, entre outros, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987, pp. 367-368 e 727-728 e MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1980, pp. 579 e segs.

*celebrem, independentemente do seu objecto ou causa-função.*¹⁶⁴

Contudo, face a esta posição devemos contra-argumentar da seguinte maneira: a) a amplitude descomedida do critério da administratividade do contrato adoptado pelo CCP não pode servir de fundamento para despojar os contratos administrativos típicos da marca de autoridade; b) ainda que a protecção do interesse público esteja a ser feita pela outorga ao contratante público de poderes que se exprimem com uma autoridade, que lhes imprime uma eficácia única, a lei também prevê figuras que servem de contrapeso com vista à salvaguarda da posição do co-contratante; c) o emprego das formas mais agressivas dos poderes exorbitantes confere ao contratante privado o direito a indemnização plena dos prejuízos em que incorreu; d) o facto da Administração deter os poderes não implica o seu exercício, nem muito menos o seu exercício arbitrário, ainda que lhe seja impossível a renúncia ao exercício de tais poderes; e) só contrata com a Administração quem assim o pretender, sabendo *a priori* “as regras do jogo”; f) as contrapartidas económicas que o contratante privado retira da celebração de um contrato administrativo com a Administração são, regra geral, muito mais elevadas do que as que se verificam no âmbito do comércio privado.

Por outro lado, ainda que a configuração das declarações do contraente público como actos administrativos não seja indispensável à autonomia do contrato administrativo, nem ao reforço dessa mesma autonomia, a solução vertida no artigo 307.º n.º 2 do CCP afigura-se-nos acertada. É que, tal como sustenta PEDRO GONÇALVES, *o acto administrativo é o modo mais típico e mais formalizado do agir administrativo, encontrando-se coberto por um regime consolidado e conhecido em todas as suas dimensões e que se mostra especialmente idóneo e eficaz como instrumento ao serviço da “lógica da função”*.¹⁶⁵ Sendo certo que, este benefício não é minorado em virtude da lei ter consagrado para os actos administrativos contratuais um regime especial em matéria do respectivo procedimento de formação, da força jurídica de que usufruem, assim como à possibilidade da sua substituição por acordos.

Ora, de acordo com o artigo 308.º n.º 1 do CCP *a formação dos actos administrativos emitidos no exercício dos poderes do contraente público não está sujeita ao regime da marcha do procedimento estabelecido pelo Código do Procedimento Administrativo*. Pese embora se verifique uma excepção a esta regra, quando está em causa *a aplicação de sanções contratuais através de acto administrativo, a qual está sujeita a audiência prévia do co-contratante, nos termos previstos no Código do Procedimento Administrativo* (cfr. artigo 308.º n.º 2 do CCP). No entanto, mesmo nesta hipótese, poderá dispensar-se *a audiência prévia se a sanção a*

¹⁶⁴ MARIO AROSO DE ALMEIDA, *Contratos Administrativos e Poderes de Conformação do Contraente Público no Novo Código dos Contratos Públicos*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 66, CEJUR, Novembro/Dezembro 2007, pp. 10-14.

¹⁶⁵ PEDRO GONÇALVES, *A Relação Jurídica Fundada em Contrato Administrativo*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 64, CEJUR, Julho/Agosto 2007, pp. 36 e segs.

aplicar tiver natureza pecuniária e se encontrar caucionada por garantia bancária à primeira solicitação ou por instrumento equivalente, desde que haja fundado receio de a execução da mesma se frustrar por virtude daquela audiência (cfr. artigo 308.º n.º 3 do CCP).

No que respeita à força jurídica, os actos administrativos contratuais relativos à execução susceptíveis de se incorporarem numa das alíneas do artigo 307.º n.º 2 do CCP são, regra geral, providos de executividade, visto constituírem títulos executivos (cfr. artigo 309.º n.º 1 do CCP). Simplesmente, aos actos que expressem o poder de resolução unilateral ou que configurem sequestro e resgate de concessões, ou aos que a lei assim o determine¹⁶⁶, o CCP cedeu-lhes força executória, sendo por isso coercivamente executáveis pela Administração (cfr. artigo 309.º n.º 2 do CCP). Por outras palavras:

i) os actos administrativos contratuais relativos à execução susceptíveis de se incorporarem numa das alíneas do artigo 307.º n.º 2 do CCP são directamente executáveis pela via da acção executiva (na modalidade de execução para prestação de facto — cfr. artigos 162.º e segs. do CPTA), não carecendo de prévia declaração pelos tribunais quanto à legalidade do seu conteúdo, que, assim, se presume;

ii) os actos que determinem a resolução unilateral do contrato, o sequestro e o resgate de concessões, ou os que a lei assim o determine não necessitam da exequibilidade promovida pela via judicial (impondo ao co-contratante o ónus de impugnação);

iii) as emanações do contratante público qualificadas como declarações negociais carecem de passar pela acção administrativa comum (cfr. 2.ª parte do artigo 37.º n.º 2 al. h) do CPTA) e só em função do resultado desta poderão transitar para o momento executivo.

Neste aspecto, e em comparação com a anterior regulação estabelecida no CPA, a Administração vê alargados os seus poderes de autotutela executiva. Uma vez que, apesar de na versão primitiva do CPA a entidade adjudicante apenas necessitava de recorrer ao poder judicial para obter a condenação do co-contratante no cumprimento de prestações em falta, executando depois a respectiva sentença através de acto *definitivo e executório*; com a revisão de 1996, o artigo 187.º do CPA reservou a execução coerciva de actos de execução do contrato ao poder judicial, salvo em caso de norma expressamente habilitante dessa competência de execução à Administração. Ou seja, depois da revisão de 1996 a Administração tinha de recorrer ao poder judicial quer quanto à constatação da verificação da situação de incumprimento, quer quanto à execução da respectiva sentença. Costumava-se apontar a flexibilização injustificada dos meios de

¹⁶⁶ É o caso do acto que determina a execução da caução, *sem necessidade de prévia decisão judicial ou arbitral*, nos termos do artigo 296.º n.º 1 do CCP, como também, no regime das empreitadas de obras públicas, a execução coactiva da ordem de realização de trabalhos a mais (cfr. artigo 372.º n.º 4 al. b) do CCP) e a execução coactiva da ordem de correcção de defeitos da obra (cfr. artigo 396.º n.º 3 do CCP).

actuação da Administração como a causa determinante de se ter procedido em 1996 à eliminação da prerrogativa da Administração poder executar as sentenças judiciais que condenassem o contraente privado a uma prestação de facto ou à entrega de coisa certa.

Evidencie-se, por último, que ainda não se encontra entre nós consagrado um regime geral da execução judicial de actos administrativos. Pelo que, e apesar do executado estar investido em funções materialmente administrativas, a acção executiva de actos administrativos rege-se pelo Código de Processo Civil, e não pelo *CPTA* (cfr. artigo 157.º n.º 2 do *CPTA*). E tal como elucidam MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e FERNANDES CADILHA, *os processos executivos regulados neste Título não se aplicam apenas a execuções movidas contra pessoas colectivas de direito público, estendendo-se também a execuções movidas contra pessoas colectivas de direito privado, mas em relação às quais se coloquem as mesmas necessidades que justificam a instituição de mecanismos específicos de execução contra entidades públicas*".¹⁶⁷

Acontece que, as especificidades inerentes à execução de um acto administrativo emanado ao abrigo de poderes exorbitantes contra o co-contraente não se conciliam com o *CPTA*, visto este diploma prever a possibilidade de invocação de causa legítima de inexecução. Como é óbvio, não seria compreensível reconhecer uma prerrogativa deste calibre a um co-contratante, já que nos contratos administrativos visa-se em primeira linha a satisfação do interesse público perante a comunidade. Assim, a acção executiva regulada no *CPTA* está concebida para ser utilizada por particulares contra a administração; daí que, quando a Administração pretende deduzir acção executiva contra particulares, o *CPTA* manda aplicar o regime do Código de Processo Civil.

Paralelamente, as declarações do contraente público sobre a execução do contrato que revistam a natureza de actos administrativos devem ser contestadas por via de acção administrativa especial de impugnação da validade do acto, devendo o co-contraente deduzir igualmente providência cautelar de suspensão da sua eficácia, uma vez que consubstanciam títulos executivos ou actos executórios imediatamente exequíveis pela Administração sem recurso aos tribunais (no concernente a actos que determinem a resolução do contrato ou o sequestro ou o resgate de concessões). Sendo certo que, a acção administrativa especial de impugnação da validade do acto tem de ser deduzida no prazo de três meses a contar da notificação do acto administrativo (cfr. artigo 58.º n.º 2 al. b) do *CPTA*), sob pena de se formar caso decidido e se tornar impossível alcançar a reintegração da legalidade contratual. É que uma vez ultrapassado este prazo, só a invocação de justo impedimento ou erro desculpável poderá evitar a caducidade do direito de acção (cfr. artigo 89.º n.º 1 al. h) do *CPTA*) e constituir motivo de oposição à execução.

Na eventualidade de o co-contratante pretender sindicar a validade de meras declarações

¹⁶⁷ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código do Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, 2005, p. 781.

negociais, terá de deduzir uma acção administrativa comum (cfr. artigos 37.º n.º 2 al. h) do *CPTA* e 307.º n.º 1 do *CCP*). Da mesma forma que, a Administração para poder executar alguma declaração negocial controvertida terá previamente de lançar mão de uma acção administrativa declarativa junto do tribunal competente, e só depois de obter aqui vencimento de causa, é que poderá intentar a respectiva acção executiva. Estando-lhe, por conseguinte, vedado neste domínio a possibilidade de execução coerciva por via administrativa.

Pelo acima exposto, podemos concluir que, não obstante o legislador do recente *CCP* ter conferido auto-executividade a alguns actos administrativos, a regra continua a ser a da execução judicial de actos administrativos ou, por outras palavras, a da proibição da execução coerciva pelo contraente público.

Há quem considere que a atribuição de uma tão vasta autotutela executiva é pouco compatível com uma verdadeira relação jurídica contratual.

De todo o modo, somos da opinião que, na generalidade das matérias, a lei fez uma ponderação equilibrada entre a prossecução do interesse público e o respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares. Pois ainda que, a Administração goze de determinadas prerrogativas de autoridade de relevo, justificadas pelo fim de interesse público que o contrato prossegue, a verdade é que o seu exercício conhece limites e que em algumas situações foram consagradas soluções que privilegiam o princípio de consenso e as garantias da igualdade contratual. Relembremos então que:

i) no âmbito do exercício dos poderes de direcção e fiscalização, a Administração pode emitir ordens e instruções, mas tem de respeitar a autonomia do co-contratante, bem como parâmetros de adequação e necessidade (cfr. artigo 303.º do *CCP*);

ii) no âmbito do exercício do poder de modificação unilateral, a Administração depara-se desde logo com o princípio da intangibilidade do objecto do contrato e está vinculada à obrigação de reposição do equilíbrio financeiro na hipótese de querer impor uma alteração ao inicialmente convencionado (cfr. artigo 314.º n.º 1 do *CCP*);

iii) no âmbito do exercício do poder de resolução unilateral, a Administração está adstrita a limites materiais e procedimentais, devendo indemnizar o contraente de forma integral (cfr. artigo 334.º n.ºs 1 e 2);

iv) no âmbito do exercício do poder de resolução-sanção, este apenas pode ser efectivado nos casos previstos no *CCP* (cfr. artigo 333.º n.º 1);

v) a qualificação explícita das declarações do contraente público sobre interpretação e validade do contrato como meras “declarações negociais” (bem como as relativas à execução que não sejam qualificadas por lei como actos administrativos), inviabilizando aqui os poderes de interpretação e

invalidação unilateral de cláusulas contratuais por acto administrativo. De modo que, em caso de falta de acordo, essas declarações só produzem efeitos através de decisão judicial (em acção administrativa comum) ou arbitral (cfr. artigo 307.º n.º 1 do CCP);

v) a não atribuição de executoriedade às obrigações decorrentes de “actos administrativos contratuais”, salvo em relação ao sequestro, ao resgate de concessões e, em geral, às declarações de resolução do contrato, por qualquer dos três fundamentos admitidos (cfr. artigo 309.º do CCP).

vi) a admissão de acordos endocontratuais entre as partes em substituição de actos administrativos ou declarações negociais do contraente público, inclusive quando esteja em causa a modificação de cláusulas contratuais dentro dos limites legais (cfr. artigo 310.º do CCP).

Adicionalmente, são reconhecidas diversas garantias dos interesses patrimoniais do co-contratante (como por exemplo, as previstas nos artigos 327.º; 328.º, 332.º do CCP, etc.). Sendo certo que estas funcionam como contrapeso aos poderes exorbitantes, indispensável à manutenção do contrato e à colaboração entre co-contratante e a Administração.

Não se deve igualmente esquecer da possibilidade de terceiros (como Ministério Público, utentes e autores populares em defesa de bens de fruição colectiva) sindicarem o modo de exercício dos poderes de conformação do contrato administrativo por parte da Administração (cfr. artigo 40.º n.º 2 do CPTA). Sendo certo que, a efectiva concretização deste controlo está intimamente dependente do dever de fundamentação dos actos administrativos imposto pelo artigo 124.º do CPA, do processo urgente de consulta de documentos e prestação de informações regulado nos artigos 104.º e seguintes do CPTA.

Por último, cumpre dar ênfase ao facto de o legislador só ter conferido administratividade aos actos cuja instrumentalização à realização do interesse público se demonstra incontestável. E conforme esclarece RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA *que para assegurar a prevalência contratual do interesse público ou da função administrativo não é necessário, longe disso, que a Administração transporte para a relação contratual a sua condição geral de potentior persona. (...). Mas a actuação por acto administrativo deve existir (e estar legalmente prevista) para assegurar a permanente e eficaz disponibilidade administrativa do interesse público contratualizado (é para isso que servem os poderes de modificação unilateral, de direcção, de rescisão-sancionatória e de rescisão por imperativo de interesse público) e, embora aqui a questão não se coloque num plano tão fundamental, mas ainda assim útil e justificado, nas garantias de supervisão e controlo (poder de direcção) e de contínua compulsão (em regra, por via das multas contratuais ou similares), rapidamente efectiváveis. É essa a razão de ser da autoridade no contrato administrativo.*¹⁶⁸

¹⁶⁸ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *O Acto Administrativo Contratual*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 63, CEJUR, Maio/Junho 2007, p. 5.

5.3.8- Acordos Endocontratuais

O espécimen dos acordos endocontratuais não é algo de estranho ao direito administrativo, dado ele já se encontrar bastante disseminado ao nível do procedimento administrativo. No entanto, com a reforma da contratação pública, a novidade reside em ele passar a estar igualmente presente na fase da execução do contrato administrativo.

Os acordos endocontratuais são uma das modalidades de contratos sobre o exercício de poderes públicos.

Introduz-se assim neste domínio uma lógica da consensualização da actuação administrativa, em que por via de uma figura pactícia, obrigatoriamente sujeita à forma escrita, se *substitui a prática de actos administrativos pelo contraente público em matéria de execução do contrato ou que tenham por objecto a definição consensual de parte ou da totalidade do conteúdo de tais actos administrativos* (cfr. artigo 310.º n.º 1 do CCP).

Porém, quando esteja em causa o exercício do poder de modificação unilateral as exigências em torno destes acordos são alargadas, pois: a forma escrita, imposta pelo artigo 310.º n.º 1 do CCP, não pode revestir forma menos solene do que do contrato (cfr. artigo 311.º n.º 1 al. a) do CCP); o acordo não pode conduzir à alteração do objecto do contrato, nem restringir ou falsear a concorrência desenhada no período de formação do contrato, salvo se o decurso do tempo legitimar solução diversa (cfr. artigo 313.º n.ºs 1 e 2 do CCP); o acordo de modificação tem de prever a reposição do equilíbrio financeiro, nos termos dos artigos 314.º n.º 1 e 282.º do CCP – *ex vi*, artigo 310.º n.º 2 do CCP.

Por fim, os acordos endocontratuais integram o contrato a que dizem respeito (cfr. artigo 310.º n.º 3 do CCP).

5.3.9 - Consideração dos Interesses do Co-Contratante e de Terceiros

A consideração dos interesses do co-contratante tem a sua manifestação máxima no disposto no artigo 291.º do CCP, segundo o qual *o contraente público deve exercer as respectivas competências de autoridade a fim de reprimir ou prevenir a violação por terceiros de vínculos jurídico-administrativos de que resulte a impossibilidade ou grave dificuldade da boa execução do contrato pelo co-contratante e da obtenção por este das receitas a que tenha direito*.

No entanto, existem outras normas espalhadas naquele novo diploma que conferem protecção ao co-contraente de forma mais pragmática, sendo as mais significativas as seguintes:

i) Direito à informação consagrado no artigo 290.º n.º 1 do CCP, de acordo com o qual o contraente público tem o dever de *satisfazer os pedidos de informação formulados pelo co-contratante e que*

respeitem a elementos técnicos na sua posse cujo conhecimento se mostre necessário à execução do contrato;

ii) Reserva da sua autonomia resultante do princípio da proporcionalidade na execução do contrato, de acordo com o qual os poderes de direcção devem limitar-se *ao estritamente necessário* à prossecução do interesse público, da mesma forma que os poderes de fiscalização, *não devem perturbar a execução do contrato, nem diminuir a iniciativa* e a correspondente *responsabilidade do co-contratante*, particularmente em termos *da autonomia técnica ou de gestão decorrente do título ou do tipo contratual ou dos usos sociais* (cfr. artigos 303.º e 304.º n.º 1, *in fine*, do CCP);

iii) Direito a adiantamentos de preços nos precisos termos estipulados no artigo 292.º do CCP;

iv) Liberação progressiva da caução e autorização concedida ao co-contratante para promover a liberação, parcial ou integral, consoante as situações, se, quinze dias *após a notificação*, o *contraente público não tiver dado cumprimento à referida obrigação*, consagrada no artigo 295.º n.ºs 2 e 9 do CCP;

v) Direito a indemnização em caso de execução indevida da caução por parte do contratante público, consagrado no artigo 296.º n.º 3 do CCP;

vi) Direito a juros de mora quer na sequência de atrasos nos pagamentos por parte do contraente público, quer na sequência de atraso no pagamento da indemnização por resolução contratual fundada no interesse público, consagrado nos artigos 326.º e 334.º n.º 3 do CCP.

Todavia, mesmo em caso de atraso nos pagamentos o contratante público beneficia de uma regra muito favorável, *designadamente a de o atraso em um ou mais pagamentos não determina o vencimento das restantes obrigações de pagamento* (cfr. artigo 326.º n.º 4 do CCP). Como é óbvio, este benefício decorre directamente da vinculação existente entre o objecto do contrato administrativo e a prossecução do interesse público;

vii) Direito a indemnização por resolução ou modificação unilateral baseada em motivos de interesse público ou por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, traduzido ou no equilíbrio financeiro inicial, ou na cláusula de remuneração ou na justa indemnização consoante os casos (cfr. artigos 314.º, 334.º n.º 2 e 335.º n.º 2 do CCP);

viii) Direito à suspensão, total ou parcial, da execução das prestações em caso de impossibilidade temporária de cumprimento do contrato, decorrente da mora do contratante público na entrega de bens ou meios necessários à execução do contrato, ou quando invoque a excepção de não cumprimento do contrato nos termos do artigo 327.º do CCP, consagrado no artigo 297.º do CCP;

ix) Direito de invocar, ao abrigo do disposto no artigo 327.º do CCP, a excepção de não cumprimento do contrato quando o incumprimento seja imputável ao contraente público, sem prejuízo para o direito de resolução do contrato que lhe assista.

Contudo, é condição *sine quo non* para o exercício deste direito que a recusa do co-contratante

privado em cumprir *não implique grave prejuízo para a realização do interesse público subjacente à relação jurídica contratual*. Se implicar, o co-contratante *apenas pode invocar a excepção de não cumprimento quando a realização das prestações contratuais coloque manifestamente em causa a sua viabilidade económico – financeira ou se revele excessivamente onerosa, devendo, nesse último caso, ser devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença* (cfr. artigo 327.º n.º 2 do CCP). Mas para tal quer-nos parecer que o contratante privado terá de intentar acção judicial, para que se proceda à ponderação jurisdicional dos referidos interesses.

Por outro lado, o *exercício pelo co-contratante do direito de recusar o cumprimento da prestação depende de prévia notificação ao contraente público da intenção de exercício do direito e dos respectivos fundamentos, com a antecedência mínima de 15 dias, se outra não for estipulada no contrato. Considerando-se que a invocação da excepção de não cumprimento não implica grave prejuízo para a realização do interesse público quando o contraente público, no prazo de 15 dias contado daquela notificação não reconhecer, mediante resolução fundamentada, que a recusa em cumprir seria gravemente prejudicial para o interesse público* (artigo 327.º n.ºs 3 e 4 do CCP).

Na realidade, a doutrina tradicional sempre entendeu que o instituto civil da *exceptio non adimpleti contractus*¹⁶⁹ por iniciativa do particular não devia existir no âmbito dos contratos administrativos, salvo em casos muito específicos. A doutrina fundava a sua posição na necessidade de proteger o interesse público contra as precipitadas interpretações que servissem de pretexto aos particulares para fugir do cumprimento das suas obrigações. Contudo, quando a inexecução por parte da Administração (*v.g.* o não pagamento durante largo período de prestações a que se tenha obrigado) fosse flagrante e de molde a comprometer gravemente a viabilidade do cumprimento pela outra parte, não podiam os tribunais deixar de ter em conta as circunstâncias para apreciar a responsabilidade dos contraentes.¹⁷⁰

x) Direito de retenção nas mesmas condições em que pode invocar a excepção de não cumprimento, consagrado no artigo 328.º do CCP;

xi) Direito de resolução do contrato extrajudicialmente em caso de mora no pagamento pelo contraente público superior a seis meses ou quando o montante em dívida exceda 25 % do preço contratual, excluindo juros, consagrado no artigo 332.º n.º 4 do CCP. Note-se que, este direito produz efeitos somente 30 dias após a recepção pelo contratante público da declaração manifestando a vontade de exercer esta prerrogativa e se o contratante público não cumprir as obrigações em atraso nesse prazo, acrescidas dos juros de mora a que houver lugar;

¹⁶⁹ Figura legalmente prevista nos artigos 428.º e segs. do Código Civil, que traduz-se na faculdade concedida a qualquer das partes num contrato sinalagmático, em que o prazo para a realização das prestações seja o mesmo, de recusar realizar a sua prestação, enquanto a contraparte não oferecer cumprimento simultâneo.

¹⁷⁰ Neste sentido *vide*, entre outros, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1980, p. 638.

xii) Direito de resolução do contrato com recurso à via judicial (através de uma acção administrativa comum sobre contratos) ou arbitral nas hipóteses enumeradas nas alíneas a), b), d) e e) do artigo 332.º do *CCP*.

Contudo, durante o período de tempo que medeia entre a propositura da acção e a emanção da decisão judicial ou arbitral que se pronuncie pela resolução, o co-contratante continua sujeito à obrigação de cumprir o contrato, salvo se obtiver vencimento com a invocação da *exceptio* nos termos do artigo 327.º do *CPP*, ou se em sede de providência cautelar o tribunal o desonerar desse dever.

Como se pode constatar, este ónus não tem lugar nas circunstâncias descritas no ponto x).

De salientar que, a causa de resolução por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias apenas pode ser invocada pelo contratante privado em condições idênticas àquelas em que a lei admite a invocação da excepção ao não cumprimento do contrato por parte do co-contratante (cfr. artigo 332.º n.º 2 do *CCP*).

xiii) Direito, por apelo à cláusula *rebus sic stantibus*, a uma alteração equitativa dos termos contratuais, a uma compensação financeira ou à resolução do contrato, conforme os casos, perante circunstâncias anormais e imprevisíveis, quando se modifiquem de modo significativo os condicionalismos da celebração do contrato, atingindo a “base negocial” (cfr. artigos 314.º n. 2 e 332.º n.ºs 1 e 2 do *CCP*).

Na realidade, se nos contratos entre privados as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, o contratante lesado tem o direito de rescindir o contrato sem mais, desde que a exigência das obrigações por ele assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato (cfr. artigo 437.º do *CC*). Enquanto nos contratos administrativos, se isso ocorrer o particular não tem automaticamente esse direito, tendo de preencher os pressupostos enunciados no artigo 332.º n.º 2 do *CCP*, já que ele está associado à Administração na prossecução do interesse público e a rescisão imediata do contrato poderia ofender esse objectivo fundamental.

Por outro lado, a resolução do contrato da iniciativa do contratante privado por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias não lhe confere qualquer contrapartida, ao contrário do que pode suceder nestes casos se o contratante privado optar antes pela modificação do contrato (cfr. artigo 314.º n.º 2 do *CCP*). Esta isenção do direito a indemnização tem toda a razão de ser nos termos contratuais, uma vez que o facto superveniente que inviabiliza o cumprimento opera como um *act of God*, pelo qual nenhuma das partes pode ser responsabilizada. De facto, o que o artigo 332.º n.º 2, 2.ª parte pretende é instigar a modificação, excluindo-a apenas quando a resolução não gerar grave prejuízo para o interesse público ou, existindo este, quando a manutenção do contrato puser

em causa a viabilidade económico-financeira do co-contratante ou se revelar excessivamente onerosa. *In extremis*, a invocação à ponderação de interesses constante na parte final daquela norma — referente à excessiva onerosidade que a manutenção envolveria — parece querer reportar-se a uma eventual viabilização da manutenção do contrato, embora com uma “indenização” superior à que decorreria da aplicação de um critério de equidade, mas inferior à decorrente da reposição do equilíbrio financeiro. Esta compensação a ter lugar justificar-se-ia, por um lado, em nome do elevado interesse público que advém da manutenção da relação contratual e, por outro lado, para compensar o esforço económico que o contraente será obrigado a efectuar com vista à manutenção da relação contratual.

Como se pode constatar, o *CCP* procurou tomar em conta os interesses do co-contratante nas situações em que as prerrogativas da Administração se podem mostrar mais agressivas à esfera jurídica do particular ou quando a Administração age contrariamente aos ditames legais e contratuais. Sendo igualmente de realçar que, aquele diploma tentou concretizar este propósito concedendo ao co-contratante meios de reacção rápida e eficaz.

O *CCP* tentou instituir também mecanismos inovadores de protecção jurídica de terceiros. O mecanismo mais significativo nesta matéria é o que faz depender a eficácia do contrato do consentimento de terceiros titulares de direitos atingidos pelas cláusulas do contrato, salvo em relação às *cláusulas contratuais de efeito normativo, cuja eficácia depende de publicidade conferida segundo as formalidades aplicáveis aos regulamentos do contraente público* (cfr. artigo 287.º n.ºs 3 e 4 do *CCP*).

No entanto, ainda que sejamos da opinião que deve vigorar nos contratos administrativos uma certa desigualdade de posições entre a Administração Pública e o contraente privado, em benefício da supremacia da primeira, justificada por razões de interesse público. A verdade é que, o regime actualmente instituído em matéria de incumprimento contratual por parte do contraente privado é demasiado gravoso em algumas questões, sobretudo se o compararmos com o regime de incumprimento por facto imputável ao contraente público. Isto porque, nesta sede, para além da Administração Pública beneficiar das suas prerrogativas exorbitantes, o legislador do *CCP* ainda lhe conferiu outros instrumentos de reacção, mais concretamente: o facto das sanções administradas constituírem acto administrativo e título executivo; o de certas sanções implicarem obrigações e restrições que podem ser executadas pela via coactiva sem intervenção ou validação judicial (designadamente, o sequestro e a resolução sancionatória – cfr. artigo 309.º n.º 2 do *CCP*); a faculdade de execução das cauções para pagamento de sanções pecuniárias ou para ressarcimento dos prejuízos causados pelo incumprimento do co-contratante (cfr. artigo 296.º n.º 1 do *CCP*); a particularidade do próprio contrato se traduzir num título executivo e, por isso, possibilitar ao

contraente público de, por si mesmo e sem intervenção judicial, optar pela efectivação das prestações em falta que sejam de natureza fungível, directamente ou por intermédio de um terceiro (cfr. artigo 325.º n.º 2 do CCP).

Ao passo que, na hipótese de incumprimento por parte do contraente público, este pode obstar a invocação da excepção do não cumprimento do contrato por parte do co-contraente, mediante resolução fundamentada (cfr. artigo 327.º n.º 2 do CCP).

Ou seja, aqui a protecção do interesse público no cumprimento do contrato foi feita em detrimento do princípio do consensualismo, o que em certas circunstâncias e tipos de contratos, se poderá mostrar inadequado ou excessivo, tendo em conta a finalidade da garantia da realização do interesse público visado pela decisão de contratar.

5.3.10- Balanço:

Muitos autores entendem que quanto ao conteúdo, os poderes da Administração não diferem dos poderes dos particulares e que o que é específico é o facto de aquela os poder exercer de forma unilateral e executória sobre a forma de realização das prestações pelo contraente particular, a imposição de sanções, a prorrogação ou a extinção do contrato, a ocorrência de motivos que justifiquem a modificação das cláusulas contratuais ou os termos da responsabilidade do contraente particular.

Aliás, esta parte da doutrina vai ainda mais longe, afirmando que os referidos poderes não resultam do *contrato mas sim da própria posição jurídica geral da Administração, de natureza extracontratual*. Considerando que se deve afastar, por isso, *a ideia tradicional de que o contrato administrativo, pela sua própria natureza especial, atribuiria prerrogativas exorbitantes à Administração, para se passar a entender que, pelo contrário, é a própria Administração que, pela sua natureza, é dotada de poderes especiais aos quais não pode renunciar mesmo quando celebra contratos*.¹⁷¹

Assim, para esta corrente doutrinária, já não se justificaria autonomizar a figura do contrato administrativo no contexto do nosso sistema jurídico, porquanto não há nada de *singular, especial* ou *exorbitante* nesta espécie de contratos em relação ao contrato de direito privado. Afirmando

¹⁷¹ Neste sentido *vide*, entre outros, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 120 e segs., ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, Coimbra, 1986, p. 230 e segs., GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO, *La Figura del Contrato Administrativo in Studi in Memoria di Guido Zanobini*, II, Milão, 1965, pp. 111 e segs., e BOQUERA OLIVER, JOSE MARIA - *Poder Administrativo y Contrato, Col. Conferencias e Documentos*, n.º 27, 1970, pp. 91 e segs.

inclusive que o regime jurídico do contrato administrativo é, em si mesmo, compatível com o Direito Contratual comum, ou seja, todos os poderes especiais ou exorbitantes de que a Administração Pública usufrui no contrato administrativo têm equivalente em outros tantos contratos civis, pelo que nada haverá de novo ou de diferente no regime do contrato administrativo.

Do exposto, não se pode de facto afirmar que todos estes poderes enunciados são típicos e exclusivos dos contratos administrativos. Alguns deles estão presentes, por exemplo, nos contratos de empreitada regidos pelo direito civil, como é o caso do poder de fiscalização e do poder de direcção sobre o modo de execução das prestações.¹⁷²

Note-se ainda que, há um núcleo de normas que constituem um *direito comum da contratação pública* aplicável a qualquer um dos contratos celebrados pela Administração e que, em muitas circunstâncias, o contrato administrativo fica sujeito ao regime geral de direito civil (v.g. artigos 284.º n.º 3 e 285.º n.º 3 do CCP).

Contudo, tal como foram sendo expressas nesta dissertação, existem ainda certas *nuances* entre o exercício dos poderes de conformação da relação contratual nas duas espécies de contratos, seja pela (des)necessidade de se encontrarem expressos no contrato ou na lei para poderem ser exercidas as prerrogativas supra mencionadas e pela (des)necessidade de se recorrer à via judicial para a execução das suas consequências, sendo suficiente um mero acto administrativo (à excepção das declarações negociais do contratante público sobre interpretação e validade do contrato). Assim, os poderes que a Administração exerce durante a execução do contrato continuam a possuir algo que os torna diferentes em relação ao regime jurídico-privado.

Além disso, fica ainda a ideia de o poder de modificação unilateral ser aquele que é mais “estranho” aos contratos de direito privado. Parecendo constituir um poder tipicamente público, proveniente da volubilidade dos interesses públicos prosseguidos com o contrato e da correspondente necessidade de o adequar a tais variações.

Veja-se ainda, que é o próprio legislador do CCP a declarar abertamente no preambulo daquele diploma que teve a *preocupação de preservação do quid specificum dos contratos administrativos, perceptível através dos seguintes aspectos: (i) recorrente apelo aos imperativos de interesse público (por exemplo, na modificação e resolução contratuais); (ii) manutenção de importantes poderes do contraente público durante a fase de execução do contrato administrativo; (iii) criação de figuras como a da partilha de benefícios; (iv) criação de regras especiais para as situações de incumprimento do contraente público; (v) introdução de normas que versam, directa ou indirectamente, a repartição de risco entre as partes contratantes.*

¹⁷² A este propósito, *vide* comparação entre a empreitada de obras públicas e a empreitada privada elaborada por MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 141-142.

Todavia, também não se pode negar a tendência, que se tem vindo a verificar nas últimas décadas, no sentido de se atenuar os poderes exorbitantes da Administração, quer pela alteração do conteúdo desses poderes, quer pela atribuição de mais garantias aos co-contratantes, quer ainda pela concepção de mecanismos como os acordos endocontratuais. Isto resulta da própria evolução da perspectiva como as relações entre a Administração Pública e os administrados têm vindo a ser encaradas (em que já começam a surgir inclusive situações de paridade entre ambos – por exemplo: contrato de compra e venda de um lote de terreno por uma Câmara no exercício de uma actividade de gestão privada), e da própria democratização do direito administrativo (onde cada vez mais nascem instrumentos de participação e de consenso – por exemplo: direito de audiência prévia, arbitragem).

Ademais, as especificidades do regime substantivo do contrato administrativo dimanam, principalmente, da exigência de responder a dois ditames do interesse público: por um lado, o de garantir ao contraente público o poder de se desvincular legitimamente do contrato (em oposição com o princípio *pacta sunt servanda*) sempre que o interesse público o aconselhe ou exija; e, por outro lado, o de assegurar o cumprimento do contrato pelo contratante privado. Tendo sido em torno destes dois interesses que se construiu e solidificou o regime substantivo do contrato administrativo. Sendo patente que, os poderes de direcção, de fiscalização e de aplicação de sanções encontram-se associados ao interesse público no cumprimento do contrato; enquanto os poderes de modificação unilateral e de resolução na modalidade consagrada no artigo 334.º do CCP surgem como recursos ao serviço da realização do interesse público da modificação do contrato.

Em todo o caso, assiste-se igualmente, no domínio do direito privado, a fenómenos que são em tudo comparáveis aos poderes exorbitantes da Administração. Basta olharmos para as situações de desigualdade das partes nos contratos de adesão, nas tabelas de indexação de preços ou nas cláusulas gerais de responsabilidade. Neste contexto, os poderes da Administração, que anteriormente eram considerados nitidamente como exorbitantes em relação ao Direito Privado, passaram a ser aceitáveis e verosímeis nos contratos jurídico-privados.

De facto, a ideia da “exorbitância” dos poderes de que a Administração é dotada nos contratos que celebra, foi fruto de uma época em que o Direito Privado já não era de todo adequado aos novos papéis intervencionistas do Estado do séc. XX. Recorde-se que, o direito contratual privado do séc. XIX se distinguia por partir de premissas individualistas, tais como a liberdade contratual e a igualdade jurídica das partes. Aqui seria inconcebível a algum dos contraentes impor, a seu bel-prazer, a interpretação das cláusulas contratuais ou qualquer modificação à sua redacção inicial. No entanto, estes ideais foram sendo progressivamente suprimidos durante o século XX, do mesmo modo que a actividade contratual administrativa foi

sendo alvo de limitações em termos de liberdade, decorrentes daquilo que habitualmente se designa por *função social do contrato*.¹⁷³

Daí que, tenha sido natural que as disparidades exorbitantes entre os contratos administrativos e os contratos regidos pelo Direito Privado se tenham diluído.

Paralelamente, foi igualmente decisiva a influência do Direito Comunitário, o qual, desconhecendo a figura do contrato administrativo optou, desde o início, por uma noção neutra de contrato público que abrange um universo muito diversificado de contratos celebrados quer por entidades públicas, quer por entidades privadas. Tendo sido necessário proceder à transposição na ordem jurídica portuguesa de algumas directivas comunitárias relativamente a estas matérias, passou aos poucos a vigorar entre nós um regime jurídico substantivo aplicável, em termos idênticos, a uma série de contratos da Administração Pública, independentemente das respectivas qualificações tradicionais como contratos administrativos ou como contratos de direito privado da Administração.

Simplesmente, como se viu no capítulo 4, o direito comunitário em matéria de contratação pública incide basicamente sobre os procedimentos pré-contratuais, apenas fazendo incursões em matéria da execução dos contratos públicos, quando estão em causa aspectos ambientais e sociais. Ora, os poderes exorbitantes fazem-se sentir na fase da execução. De modo que, a estipulação desta espécie de poderes em nada contraria o direito comunitário. Sendo certo que, esta premissa continua válida mesmo no que respeita ao poder de modificação unilateral, o qual não é proibido pelo Direito Comunitário.

Além disso, no direito nacional o princípio da concorrência já constitui um limite ao exercício do poder de modificação unilateral (*v.g.* artigo 313.º n.º 1 do CCP).

As sucessivas alterações ao regime substantivo dos contratos da Administração Pública foram, posteriormente, acompanhadas pela uniformização em termos de competência jurisdicional, através da reforma do contencioso administrativo de 2002. Esta permitiu o alargamento do âmbito da jurisdição administrativa em questões tradicionalmente qualificadas como de gestão privada da Administração Pública. Além disso, na enumeração constante no artigo 4.º da ETAF, a figura do contrato administrativo está autonomizada em relação aos demais contratos sujeitos à jurisdição dos tribunais administrativos. Isto, por si só, demonstra que o legislador nacional insiste em reconhecer as especificidades ao regime dos contratos administrativos, que merecem um tratamento diferenciado.

Não é demais referir que, o ordenamento português contínua, sem dúvida, a atribuir ao contrato administrativo uma posição de destaque, enquanto instrumento consensual da

¹⁷³ Sobre esta matéria *vide* ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, Coimbra, 1986, p. 232.

prossecução de interesses de natureza pública. Esta constatação é sobretudo importante no contexto de uma Administração contemporânea, que tenta valorizar os métodos da concertação e da participação.

Acresce que, a autonomia substantiva do contrato administrativo manifesta-se no aspecto de ele empossar as partes numa relação jurídica de natureza diversa daquela que decorre para os contraentes que outorgam um contrato de direito privado, pois ele fixa os direitos e deveres das partes não apenas em obediência ao princípio da paridade contratual (lógica do *pactum*), mas também em obediência à prossecução de interesses públicos (lógica da função). Além disso, a autonomia do contrato administrativo não impõe que o respectivo regime seja inteiramente díspar do previsto para os contratos de direito privado. Basta a submissão a um regulamento com peculiaridades relativas, assente na própria autonomia do direito administrativo, que, como sintetizou RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, implica em geral: *i) a aplicação primária ou preferencial de princípios e regras de direito administrativo; aplicação ponderada das normas de direito privado, sujeitando-as a um teste prévio de não incompatibilidade (podendo resultar daí a recusa da sua aplicação ou a sua aplicação adaptada; iii) e o reconhecimento de posições de supremacia jurídica ao contraente público, que passa pela atribuição de poderes públicos.*¹⁷⁴

Por conseguinte, parece-me que há efectivamente bastantes diferenças - e diferenças relevantes - entre os contratos administrativos e os de direito privado, justificando-se assim plenamente destacar uma figura autónoma de contrato administrativo. Este foi também o entendimento do legislador do CPA de 1991, do legislador da Revisão do CPA de 1996, do legislador da reforma do contencioso administrativo de 2002 e, por fim, do legislador do recente CCP.

6.1- Alguns apontamentos sobre o regime dos Contratos Administrativos e o regime dos Contratos de Direito Privado da Administração Pública

De entre os muitos domínios em que se poderia analisar até que ponto há ou não diferenças substanciais entre o regime dos contratos administrativos e o regime dos contratos de direito privado da Administração Pública, salientaremos apenas cinco, nomeadamente: diferenças expressas no CCP; invalidades contratuais; contencioso administrativo, controlo jurisdicional exercido pelo Tribunal de Contas e arbitragem.

¹⁷⁴ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *O Acto Administrativo Contratual*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 63, CEJUR, Maio/Junho 2007, p. 5.

6.2- Diferenças expressas no CCP entre o regime dos contratos administrativos e o regime dos contratos de direito privado da Administração Pública

As diferenças expressas no CCP entre o regime dos contratos administrativos e o regime dos contratos de direito privado da Administração Pública fazem-se sentir quer no plano procedimental, quer no plano substancial.

Se bem que, regra geral, no âmbito dos procedimentos de formação dos contratos públicos não se assinale qualquer distinção significativa entre aquelas duas espécies de contratos, uma vez que tanto os contratos administrativos como os contratos de direito privado podem ser de índole concorrencial ou não concorrencial. Há, no entanto, pequenas excepções pouco significativas a esta regra, como por exemplo no que se refere ao conteúdo e peças dos cadernos de encargos dos contratos de empreitada e concessão de obras e serviços públicos, as quais só se aplicam à formação de tipos contratuais administrativos e já não aos contratos de direito privado da Administração (*vide* artigos 43.º e 44 do CCP).

É basicamente no plano dos procedimentos de execução dos contratos públicos e no plano substantivo que as diferenças se fazem sentir. Senão vejamos:

Diferenças entre o regime dos contratos administrativos e o regime dos contratos de direito privado da Administração Pública expressas no CCP a nível dos procedimentos de execução dos contratos públicos

Desde logo, as diferenças começam no facto do CCP só regular a execução dos contratos administrativos. De modo que, as disposições insitas nos artigos 278.º a 454.º daquela legislação só se destinam às figuras contratuais administrativas e já não às figuras contratuais de direito privado de que a Administração Pública faça uso.

Efectivamente, os únicos preceitos procedimentais a nível de execução em que há semelhança entre estas duas espécies de contratos estão relacionadas com a necessidade de decisão escrita sobre a maneira como a Administração interpreta ou visa executar o contrato de direito privado, ou com a formação da vontade colegial em caso de deliberações sobre o exercício dos seus deveres contratuais privados. Mas, como se pode ver, estamos no plano das condições orgânicas da própria Administração e não das condições legais relativas à validade da respectiva declaração negocial. Pelo que, a respectiva violação não acarreta a invalidade do contrato fundada na ilegalidade de uma deliberação oral ou colegial do contratante público.

A título meramente elucidativo, podemos indicar alguns dos poderes, declarações e actos respeitantes à execução dos contratos administrativos, cujo exercício e formação tem o seu procedimento vertido no CCP: exercício dos poderes de direcção, fiscalização e sancionatório (cfr. artigos 305.º, 306.º e 309.º do CCP); aplicação de sanções contratuais através de actos administrativos (cfr. artigo 329.º do CCP); resolução do contrato por iniciativa do contraente público fundada no incumprimento do co-contratante (cfr. artigo 333.º n.º 1 do CCP); elaboração de autos e formulação de reclamações nos contratos de empreitada de obras públicas (cfr. artigo 395.º e segs. do CCP); questões relativas a ordens e recusas da realização de trabalhos a mais e fixação do preço correspondente (cfr. artigos 372.º a 374.º do CCP); suprimimento por parte do empreiteiro de erros e deficiências na execução da empreitada (cfr. artigos 376.º e segs. do CCP); recepção provisória da obra (cfr. artigos 394.º e segs. do CCP); desvio do plano de trabalho (cfr. artigo 404.º do CCP); sequestro (cfr. artigo 421.º do CCP); e resgate (cfr. artigo 422.º do CCP).

Diferenças entre o regime dos contratos administrativos e o regime dos contratos de direito privado da Administração Pública expressas no CCP a nível substantivo

No plano substantivo, o regime dos contratos administrativos é bastante diferenciado face ao regime dos contratos de direito privado da Administração. De tal forma que, quando a Administração se vincula através de uma das figuras contratuais administrativas é habitual falar-se inclusive nos vulgos poderes exorbitantes, os quais se manifestam no exercício de prerrogativas em matéria de execução e extinção do contrato.

É possível destacar, a título meramente exemplificativo, algumas das diferenças de regime a nível substantivo entre aquelas duas espécies de contratos, nomeadamente:

a) enquanto as fontes de disciplina dos contratos administrativos são a lei especial, o CCP, os princípios gerais do direito administrativo, as cláusulas contratuais, as normas de direito administrativo e de direito civil (cfr. artigos 279.º e 280.º do CCP), as fontes de disciplina dos contratos de direito privado são as cláusulas contratuais e as normas de direito privado.

b) ao passo que, os contratos de direito privado celebrados em violação a normas injuntivas são nulos (cfr. artigo 294.º do CC), os contratos administrativos celebrados nessas condições são anuláveis (cfr. artigo 284.º n.º 1 do CCP). Sem prejuízo, como é óbvio, para as situações enquadráveis no estabelecido no artigo 133.º do CPA, as quais determinam a nulidade do contrato administrativo (cfr. artigo 284.º n.º 2 do CCP).

c) os contratos administrativos celebrados com base em actos procedimentais são nulos ou anuláveis, se nulos e anuláveis forem os actos procedimentais em que assentarem (cfr. artigo 283.º n.ºs 1 e 2 do CCP). Contrariamente, nos contratos de direito privado da Administração são nulos aqueles que forem celebrados contra disposição imperativa de lei (cfr. artigo 294.º do CC). Ou seja, a nulidade ou anulabilidade do contrato de direito privado está dependente dos critérios de oportunidade da lei e não do desvalor jurídico do acto praticado no procedimento de formação do contrato.¹⁷⁵

Contudo, algumas disposições do CCP têm como propósito criar, em matéria de invalidade, alguma homogeneidade entre os regimes destas duas espécies de contratos (v.g. artigo 284.º n.º 3 do CCP).

d) Há diversas manifestações específicas do regime da execução dos contratos administrativos espalhadas pelo CCP, de que os contratos de direito privado da Administração não usufruem, sem que haja uma cláusula contratual nesse sentido. Por exemplo: poder para emitir declarações de vontade contratual com força declarativa e executiva de actos administrativos no exercício das suas prerrogativas legais “exorbitantes” (conforme e nos termos expostos nos artigos 309.º e 307.º do CCP); o instituto de partilha de benefícios prevista no artigo 341.º do CCP; o dever de protecção pelo contraente público, face a terceiros, da posição contratual por si constituída a favor da contraparte do contrato (cfr. artigo 291.º do CCP); o dever de execução pessoal pelo contraente privado das prestações contratuais (cfr. artigo 288.º do CCP); a possibilidade do contraente público ceder a sua posição contratual livremente (cfr. artigos 316.º e 317.º do CCP); a vantagem do contraente público gozar de privilégio mobiliário especial sobre os bens móveis afectos à actividade do co-contratante, na eventualidade de ocorrer adiantamento de preço (cfr. artigo 293.º do CCP); o benefício da dilação de pagamento de 30 dias sobre a data das facturas emitidas após o vencimento da respectiva obrigação (cfr. artigo 299.º do CCP); o regimento explícito dos deveres recíprocos e de informação entre as partes (cfr. artigos 288.º e 289.º do CCP); as limitações ao poder de efectuar adiantamentos (cfr. artigo 292.º do CCP); a prerrogativa de, em caso de incumprimento do contraente privado, o fazer substituir no prosseguimento da prestação, a suas expensas, por terceiro ou pelo próprio contraente público (cfr. artigo 325.º n.º 2 do CCP); as limitações à faculdade do contraente privado em invocar a excepção de não cumprimento (cfr. artigo 327.º do CCP); *et cetera*.

¹⁷⁵ Todavia, JOÃO PACHECO DE AMORIM, *A Invalidade e a (In)eficiência do Contrato Administrativo no Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008, p. 628, considera que os contratos de direito privado celebrados pela Administração não estão sujeitos integralmente à disciplina do Código Civil em matéria de invalidades e ineficácia. Isto porque, mesmo quando a Administração actua em sede de gestão privada, ela encontra-se submetida aos princípios gerais de direito administrativo e ao respeito dos direitos fundamentais (cfr. artigo 2.º n.º 5 do CPA). Devendo-se, por isso, aplicar por analogia a esta espécie de contratos o disposto quer no artigo 283.º do CCP, quer no artigo 287.º n.º 1 do CCP.

6.3- Regime de Invalidade Contratual

Quanto ao problema da invalidade dos contratos administrativos, o regime é basicamente o mesmo que constava no artigo 185.º do CPA após a revisão de 1996. Tendo-se, contudo, introduzido algumas inovações com vista ao esclarecimento de determinados aspectos do regime anterior e sua flexibilização.

O tratamento desta matéria continua, por isso, a apresentar alguma complexidade, dada a convergência que se assiste entre direito público e direito privado.

A primeira característica que ressalta do regime de invalidade estabelecido no CCP, é o da distinção entre a invalidade resultante de infracções procedimentais e a invalidade própria do contrato. Paralelamente, o CCP estatui uma outra distinção, designadamente entre regime de invalidade do contrato com objecto passível de acto administrativo, regime de invalidade do contrato com objecto passível de contrato de direito privado. Assim:

Invalidade Procedimental (artigo 283.º do CCP)

1 - Os contratos são nulos se a nulidade do acto procedimental em que tenha assentado a sua celebração tenha sido judicialmente declarada ou possa ainda sê-lo.

2- Os contratos são anuláveis se tiverem sido anulados ou se forem anuláveis os actos procedimentais em que tenha assentado a sua celebração.

3 - O disposto no número anterior não é aplicável quando o acto procedimental anulável em que tenha assentado a celebração do contrato se consolide na ordem jurídica, se convalide ou seja renovado, sem reincidência nas mesmas causas de invalidade.¹⁷⁶

4 - O efeito anulatório previsto no n.º 2 pode ser afastado por decisão judicial ou arbitral, quando, ponderados os interesses públicos e privados em presença e a gravidade da ofensa geradora do vício do acto procedimental em causa, a anulação do contrato se revele desproporcionada ou contrária à boa fé ou quando se demonstre inequivocamente que o vício não implicaria uma modificação subjectiva no contrato celebrado nem uma alteração do seu conteúdo essencial.

- É possível citar diversas decisões pré-contratuais susceptíveis de influenciarem a validade do contrato, tais como: a decisão de contratar; a escolha de procedimento; a exclusão ou admissão de concorrente; a admissão ou exclusão de proposta; a classificação das propostas; a adjudicação pode absorver os vícios dos actos procedimentais que não tenham autonomia externa. Por outro lado, o conteúdo dos documentos concursais (o anúncio, o programa de concurso ou o caderno de encargos) pode conter vícios, designadamente: cláusulas contrárias à lei (por exemplo, admissão ilegal de propostas variantes, menção a marcas de forma proibida, prazo de concessão superior ao legalmente permitido, dispensa do cumprimento de obrigações legais em matéria de segurança); cláusulas indefinidas ou com contradições insanáveis; cláusulas contrárias a valores constitucionais (por exemplo, discriminações ilegítimas de pessoas).

- Como se pode deduzir da leitura dos n.ºs 1 e 2 do artigo 283.º do CCP, vigora nesta matéria o princípio da identidade de desvalor jurídico entre o contrato e os actos administrativos de que haja dependido a sua celebração. Impondo-se, por este motivo, quer o apuramento da invalidade do acto administrativo, quer o preenchimento do nexo de causalidade entre o acto inválido e a celebração do contrato.

¹⁷⁶ A *convalidação* de um acto tem lugar quando pela superveniência do requisito em falta causador da sua invalidade, o acto obtém a respectiva validade. Enquanto a *renovação* do acto tem lugar quando é praticado um novo acto sobre o acto primitivo, mas sem o vício que afectava a sua validade.

A remoção dos motivos da anulabilidade é feita através de qualquer uma das formas referidas no artigo 137.º n.º 1 do CPA, mormente pela ratificação, reforma ou conversão. Sendo que, a *ratificação* é um acto administrativo praticado pelo órgão competente que suprime o vício de ilegalidade de que sofria um outro acto administrativo. Ao passo que, a *reforma* é o acto administrativo que aproveita a parte sã de um acto infectado com o vício de legalidade. E a conversão, é um acto administrativo pelo qual se aproveita a parte legal de um acto com ilegalidades, obtendo-se um outro acto legal.

- Assim, a invalidade do acto procedimental comunica-se automaticamente ao contrato.
- Tendo por base a mesma lógica, o artigo 4.º n.º 1 al. b) do *CPTA* consagra claramente a teoria da invalidade consequente, ao possibilitar a fiscalização da invalidade de contratos que resulte directamente da invalidade dos actos em que se tenha fundado a respectiva celebração.
- Curioso notar que, inversamente ao imposto pelo artigo 134.º do *CPA*, o artigo 283.º n.º 1 estabelece a necessidade da nulidade ser declarada judicialmente ou a susceptibilidade de o ser. Não vigorando aqui a susceptibilidade da nulidade ser invocada por qualquer entidade da Administração, independentemente da declaração judicial.
- Simplesmente, é em homenagem dos princípios da protecção da confiança, da boa fé e da proporcionalidade, que nos n.ºs 3 e 4 do artigo 283.º do *CCP* se consagram as excepções ao paralelismo estabelecido no n.º 2.
- Além disso, o n.º 4 do artigo 283.º do *CCP* confere ao juiz a possibilidade de ponderar de forma integral os diversos aspectos contratuais e decidir qual a solução mais razoável. E se, nos casos de menor gravidade do vício procedimental, ele entender que o contrato inválido se deve manter na ordem jurídica, sempre poderá procurar compensar o lesado pelo acto inválido por via de mecanismos de responsabilidade pré-contratual. Seja como for, e numa lógica preventiva, o *CPTA* procura, a todo o custo, evitar tais situações, prevendo meios para, em sede de procedimento pré-contratual, promover a intervenção do juiz, com vista à apreciação da validade do acto procedimental e de evitar a celebração de contrato inválido, como por exemplo, decretando-se medidas cautelares.
- Por outro lado, a solução inovadora vertida no artigo 283.º n.º 4 do *CCP* proclama a ideia fundamental da autonomia do contrato, enquanto acordo de vontades, perante o procedimento de adjudicação. Excluindo a concepção do contrato como acto consequente da adjudicação, ou como acto de execução da adjudicação.
- Sublinhe-se ainda que, a anulação judicial do acto administrativo prévio não produz efeitos anulatórios ou declarativos da nulidade do próprio contrato (cfr. artigos 4.º n.º 2 al. d) do *CPTA* e 4.º n.º 1 al. b) do *ETAF*, por argumento *a contrario*). Sendo, por isso, imprescindível cumular com o pedido de anulação ou de declaração de nulidade do acto, o pedido de anulação ou declaração de nulidade do próprio contrato. Na eventualidade de não ter ocorrido esta cumulação de pedidos, após o trânsito em julgado da sentença anulatória o particular que beneficiou com esta e não seja parte no contrato pode requerer a anulação do contrato ou da declaração da respectiva nulidade em processo de execução sentença; ou, em alternativa, a Administração terá de deduzir uma acção comum contra o seu co-contratante, na hipótese de não haver acordo entre as partes quanto à resolução do contrato com fundamento na invalidade.

Invalidade Própria do Contrato (artigo 284.º do CCP)

1- Os contratos celebrados com ofensa de princípios ou normas injuntivas são anuláveis.¹⁷⁷

2- Os contratos são, todavia, nulos quando se verifique algum dos fundamentos previstos no artigo 133.º do Código do Procedimento Administrativo ou quando o respectivo vício determine a nulidade por aplicação dos princípios gerais de direito administrativo.

3- São aplicáveis aos contratos administrativos as disposições do Código Civil relativas à falta e vícios da vontade (ou seja, artigos 240.º a 257.º do CC).

- As invalidades contratuais dizem respeito ao incumprimento dos requisitos de legitimidade relativos aos momentos estruturais do contrato (sujeitos, conteúdo, procedimento, forma e fim), devendo proceder-se à localização dos eventuais vícios, para avaliar das respectivas consequências, que podem determinar a invalidade total ou apenas parcial do contrato (ao contrário da invalidade derivada, que é sempre total).
- Não obstante a lei não distinguir, há invalidades que são exclusivas do contrato e invalidades que são comuns à adjudicação.

¹⁷⁷ As normas injuntivas são aquelas que se aplicam independentemente de haver ou não declaração de vontade dos sujeitos nesse sentido. Ao passo que, as normas supletivas facultam um regime normal de determinada situação, que deverá ser aplicável sempre que as partes não disponham em contrário. De facto, no Direito Privado, sobretudo no Direito das Obrigações, predominam as normas supletivas, enquanto no Direito Público a generalidade das normas são injuntivas, por força do princípio da legalidade e da prossecução do interesse público. Logo, na contratação pública deve-se presumir que as normas têm carácter injuntivo.

As invalidades comuns à adjudicação decorrem de vícios substanciais que já existiam nos documentos contratuais e se renovam no conteúdo do contrato (por exemplo, prazo ilegal da concessão, discriminação). Estas invalidades, ao contrário das invalidades derivadas, mantêm-se mesmo que o acto de adjudicação se tenha entretanto consolidado, em virtude do decurso do prazo de impugnação.

As invalidades exclusivas abrangem, não só possíveis vícios no procedimento pós-adjudicação (negociação, elaboração da minuta, prestação de caução), mas também os restantes vícios estruturais característicos do contrato, como é o caso da ilegalidade originária de cláusulas contratuais e a contraditoriedade entre as cláusulas contratuais e as normas imperativas inseridas nos documentos do concurso (especialmente, no caderno de encargos, quando não admita variantes).

- Nos contratos administrativos celebrados sob coação moral coloca-se a dúvida se deve prevalecer a nulidade imposta pelo artigo 133.º do CPA, ou a anulabilidade prevista no artigo 256.º do CC. Ora, somos do entendimento que deverá prevalecer a remissão para o Código Civil operada pelo artigo 284.º n.º 3 do CCP.

- A remissão para o Código Civil contida nesta norma justifica-se, por dois motivos: por um lado, não existe no direito administrativo uma teoria geral da vontade administrativa; por outro lado, tal como o contrato civil, o contrato administrativo reduz-se a um acordo de vontades.

- Entenda-se que não está aqui em jogo apenas a aplicação do regime do âmbito das formas de invalidade constante nos artigos 240.º a 257.º do CC (isto é, os vícios propriamente ditos, com os respectivos requisitos de relevância e a determinação do valor negativo que lhes corresponde), mas também o regime jurídico *stricto sensu* das formas de invalidade (isto é, regime da nulidade e regime da anulabilidade: prazos, legitimidade, modo de conhecimento, etc.). Até porque, como é somente o Código Civil que regula sobre este tipo de vícios, por maioria de razão, quando seja um deles a afectar a validade de um contrato administrativo em concreto, o regime jurídico *stricto sensu* das formas de invalidade aplicável deve ser também o do Código Civil.

- E apesar de o artigo 284.º do CCP não mencionar, o Código Civil deverá ser também aplicável no que concerne à capacidade dos contraentes privados.

Regime de Invalidade (artigo 285.º do CCP)

1- *Aos contratos com objecto passível de acto administrativo e outros contratos sobre o exercício de poderes públicos é aplicável o regime de invalidade previsto para o acto com o mesmo objecto e idêntica regulamentação da situação concreta.*

2- *Aos demais contratos administrativos é aplicável o regime de invalidade consagrado no direito civil (ou seja, artigos 285.º a 294.º do CC).*

3- *Todos os contratos administrativos são susceptíveis de redução e conversão, nos termos do disposto nos artigos 292.º e 293.º do Código Civil, independentemente do respectivo desvalor jurídico.*

- Além de reafirmar a primazia do direito administrativo, o propósito subjacente ao artigo 285.º n.º 1 do CCP, é a de inviabilizar à Administração o recurso à via contratual para obter efeitos que a lei proíbe que sejam atingidos por acto unilateral. Enquanto o propósito subjacente ao artigo 285.º n.º 2 do CCP, é o de impedir que a Administração fosse tentada a celebrar sob forma administrativa contratos privados apenas para usufruir de um regime de invalidade mais favorável. Recorde-se que o regime regra de invalidade dos contratos privados é o da nulidade (cfr. artigo 294.º do CC), ao passo que no Direito Administrativo o regime regra de invalidade é o da anulabilidade (cfr. artigo 135.º do CPA). Há assim uma tentativa de sujeitar a Administração a ter apenas em conta razões ou critérios de interesse público quando tiver de exercer a opção entre celebrar um contrato privado ou um contrato administrativo (com objecto passível de contrato privado).

É devido a todos estes aspectos que o regime de invalidades do contrato administrativo não tem carácter unitário, como seria exigível a um ramo de direito autónomo.

- Relativamente ao disposto no artigo 285.º n.º 3 do CCP, o seu conteúdo tem carácter inovador face ao CPA, o qual só admitia esta figura para os actos administrativos anuláveis (cfr. artigo 137.º n.º 1 do CPA).

- O pedido de anulação, total ou parcial do contrato administrativo tem de ser deduzido no prazo de seis meses a contar da data da celebração do contrato (cfr. artigo 41.º n.º 2 do CPTA). Como se pode ver, este prazo difere do prazo de impugnação do acto anulável (três meses), do prazo de arguição de anulabilidade nos contratos privados (um ano) e, evidentemente, do prazo de arguição da nulidade do acto ou do contrato (em princípio, a todo o tempo).

Até ao dia 20/12/2009, o legislador nacional terá de alterar o regime de invalidade do contrato administrativo, em virtude da necessidade de transpor a Directiva n.º 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11/12/2007, que procedeu à alteração das *Directivas-Recursos* (isto é, da Directiva n.º 89/665/CEE, de 21/12/1989, relativa aos recursos nos sectores gerais ou clássicos, e da Directiva n.º 92/13/CEE, de 25/02/1992, relativa aos recursos nos sectores especiais).¹⁷⁸

Com efeito, esta directiva comunitária compreende um conjunto de normas referentes aos efeitos de certas invalidades derivadas da adjudicação ilegal relativamente aos contratos administrativos sujeitos a regulação comunitária (isto é, empreitada, concessão de obras públicas, aquisição de bens móveis e aquisição de serviços), incluindo os celebrados por entidades que operam nos sectores especiais. Vindo introduzir nesta matéria o mecanismo de *privação de efeitos* ou ineficácia com efeitos anulatórios, retroactivos ou prospectivos, cuja concretização terá de ser efectuada pelos Estados-membros (cfr. artigos 2.º D e 2.º E da Directiva n.º 2007/66/CE).

6.4- Contencioso dos Contratos Administrativos

Como é sabido, o contencioso administrativo português foi objecto de uma reforma profunda (tanto do *ETAF*, como do *CPTA*), a qual só produziu os seus efeitos a partir de 1 de Janeiro de 2004.

O legislador da Reforma da Justiça Administrativa de 2002 abandonou a terminologia de contrato administrativo, visto o seu propósito ter sido atribuir à jurisdição administrativa competência para a resolução de conflitos atinentes a quaisquer contratos da Administração Pública, independentemente da sua qualificação jurídica, e não tomar partido de qualquer posição doutrinária em matéria de qualificação de contratos. Porém, e como vimos assinalando, com a entrada em vigor do *CCP* a dicotomia entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado da Administração Pública volta a ganhar vitalidade.

Actualmente, o âmbito da jurisdição administrativa vem definido pelos critérios enunciados no artigo 4.º do *ETAF*. Esta norma atribui aos tribunais administrativos, entre outras,

¹⁷⁸ Estas directivas foram transpostas para o direito nacional através do D.L. n.º 134/98, de 15 de Maio, e do D.L. n.º 223/2001, de 9 de Agosto. As *Directivas-Recursos* impõem aos Estados-membros que assegurem recursos eficazes e céleres, que garantam uma tutela efectiva aos lesados quando a Administração viole as regras comunitárias de publicidade e de competência no âmbito da contratação pública, em sede dos contratos administrativos sujeitos a regulação comunitária (isto é, empreitada, concessão de obras públicas, aquisição de bens móveis e aquisição de serviços), incluindo os celebrados por entidades que operam nos sectores especiais. Nessa medida, estes diplomas focam sobretudo a sua preocupação nos meios processuais que permitam sancionar o procedimento pré-contratual numa fase em que a infracção ainda possa ser emendada, ou seja, antes da celebração do contrato.

competência para julgar actos pré-contratuais e contratos, praticados ou celebrados ao abrigo de normas de direito público (cfr. artigo 4.º als. b), d), e) e f) do *ETAF*). Nessa medida, o *ETAF* confere competência aos tribunais administrativos para julgar contratos celebrados entre pessoas colectivas de direito público, entre estas e pessoas colectivas de direito privado, ou ainda, entre diversas pessoas colectivas de direito privado nas seguintes hipóteses: quando a natureza do contrato em causa seja administrativa; quando as partes contratuais sujeitem o contrato a um regime de direito público; quando se trate de um contrato de objecto passível de acto administrativo; quando o procedimento pré-contratual que precede a celebração do contrato seja regulado por normas de direito público. Nesta matéria a competência dos tribunais administrativos diz respeito a questões relativas à interpretação, validade e execução destes contratos.

Conserva-se, assim, a competência dos tribunais administrativos em função da natureza do contrato, mas adiciona-se o critério da natureza do procedimento pré-contratual subjacente. Por outro lado, não se verificando nenhum daqueles factores, os litígios procedentes da relação contratual serão da competência da jurisdição comum..

A competência dos tribunais administrativa foi estendida aos processos de impugnação de actos pré-contratuais constantes de procedimento pré-contratual disciplinado por normas de direito público. E garante-se a faculdade de cumulação entre o pedido de impugnação de um destes actos com pedidos relativos ao contrato posteriormente celebrado (cfr. artigo 47.º n.º 2 do *CPTA*).

Compete ainda aos tribunais da jurisdição administrativa a apreciação de litígios que tenham fiscalização da legalidade das normas e demais actos jurídicos praticados por sujeitos privados, designadamente concessionários, no exercício de poderes administrativos (cfr. artigo 4.º n.º 1 al. d) do *ETAF*). Mas já não os litígios emergentes de contratos individuais de trabalho, ainda que uma das partes seja uma pessoa colectiva de direito público, com excepção dos litígios emergentes de contratos de trabalho em funções públicas (cfr. artigo 4.º n.º 3 al. d) do *CPTA*, com a redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 59/2008, de 11/09, referente ao novo Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas).

Como se pode ver, isto representou uma ampliação considerável da jurisdição administrativa em sede de contratos, passando os tribunais administrativos a ser competentes para apreciar em geral, os litígios emergentes de todos os contratos públicos.

Outra inovação levada a cabo pela reforma foi o facto de se ter abandonado a utilização das tradicionais expressões *contrato administrativo*, *contratos da Administração Pública* ou quaisquer outras similares. Isto não significa que o *ETAF* tenha ignorado os contratos sujeitos a um regime substantivo de direito público, o qual constitui o regime que conduz à autonomização do contrato

administrativo em face do contrato de direito privado celebrado pela Administração (*vide* artigo 4.º n.º 1 al. f) do *ETAF*). Por conseguinte, o contencioso administrativo abarca contratos tradicionalmente classificados como administrativos, mas também contratos ditos de direito privado da Administração Pública, para além de contratos celebrados entre particulares. Tendo-se consagrado, assim, a uniformização da competência jurisdicional em matéria de contratos celebrados por entidades públicas.¹⁷⁹

Isto foi o resultado de uma evolução paulatina, onde foi marcante a influência do Direito Comunitário, mais precisamente das vulgarmente designadas *Directivas-Recursos*. É que o Direito Comunitário é hostil a qualificações jurídicas que possam gerar limitações à aplicação subjectiva das suas disposições.

No que respeita aos meios processuais, o sistema implementado pela Reforma assenta na fusão, em torno de dois grandes meios processuais, de uma série de meios processuais anteriormente existentes. Esses dois meios processuais essenciais são: a acção administrativa comum, cujo objecto abrange todos os litígios do âmbito da jurisdição administrativa que não sigam a acção administrativa especial (artigos 37.º e segs. do *CPTA*); e a acção administrativa especial, cujo objecto abrange a impugnação de actos administrativos, condenação na prática de actos administrativos devidos, pedidos de declaração de ilegalidade de regulamentos ou pedidos de declaração de ilegalidade por omissão de regulamentos devidos (artigo 46.º e segs. do *CPTA*).¹⁸⁰

Na antiga terminologia, a acção administrativa comum corresponde às *acções administrativas* e a acção administrativa especial corresponde ao recurso contencioso de anulação.

Regra geral, o contencioso dos contratos administrativos segue a via da acção administrativa comum, pois na generalidade das vezes as partes proferem meras declarações negociais (*v.g.* artigo 37.º n.º 2 al. h) do *CPTA*, de acordo com o qual assumem a forma de *acção administrativa comum os processos que tenham por objecto litígios relativos à interpretação, validade ou execução de contratos*). Excepcionalmente, alguns comportamentos do contraente público são impugnáveis através da

¹⁷⁹ Tal como assinala MARIA JOÃO ESTORNINHO, in *Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 290, *se se tratar de contrato celebrado entre pessoas colectivas públicas, a alínea j) determina, como vimos, a sujeição aos tribunais administrativos (e se, à primeira vista e de forma imediata, o critério adoptado pelo legislador é, aí, o da natureza das partes, em última instância, é também, afinal, o das normas jurídicas aplicáveis, uma vez que, pelo menos do meu ponto de vista, não se compreende que um contrato celebrado entre entidades públicas entre si pudesse estar sujeito ao Direito Privado)*. Mas, nos demais casos em que estejam envolvidas entidades públicas, uma vez que, estando sujeitos, do ponto de vista substantivo e/ou do ponto de vista procedimental, a regras jurídico-públicas, tais contratos acabam por cair, em qualquer dos casos, no âmbito de competência dos tribunais administrativos.

¹⁸⁰ A acção administrativa comum segue os termos do processo civil (mais concretamente os termos do processo de declaração do Código de Processo Civil, nas formas ordinária, sumária e sumaríssima), com algumas adaptações constantes do *CPTA* (cfr. artigos 35.º n.º 1 e 42.º do *CPTA*). Enquanto a acção administrativa especial segue uma tramitação própria, estabelecida no *CPTA*, ainda que subsidiariamente seja aplicável o disposto na lei processual civil (cfr. artigo 35.º n.º 2 do *CPTA*).

acção administrativa especial, visto consubstanciarem verdadeiros actos administrativos (por exemplo: actos preparatórios praticados na fase do procedimento administrativo tendente à escolha do contraente privado - *maxime*, a exclusão de concorrentes; o acto da adjudicação; *etc.*).

Porém, a generalidade dos litígios relativos aos contratos de direito privado da Administração seguem a acção administrativa comum, visto não envolverem a prática de actos administrativos.

No contencioso dos contratos administrativos há um elenco alargado de pedidos admissíveis, por exemplo: condenação de uma ou de ambas as partes a cumprir as obrigações estatuídas no contrato (acção condenatória); condenação à prática de acto, responsabilidade civil contratual de qualquer das partes; indemnizações decorrentes de danos imputáveis ao incumprimento contratual; a rescisão sancionatória; a resolução do contrato por alteração das circunstâncias; ou a interpretação de cláusulas contratuais; *et cetera*.

Simplemente, como vimos anteriormente, em virtude do *CCP* ter qualificado como actos administrativos as declarações mais relevantes do contraente público no exercício dos denominados poderes exorbitantes (à excepção das declarações sobre a interpretação e a validade do contrato ou sobre a sua execução), isto faz com que se remeta para o contencioso de impugnação, por via da acção administrativa especial, uma grande parcela dos litígios sobre contratos administrativos. Da mesma forma que, o alargamento de actos a que o *CCP* conferiu a qualidade de título executivo e de acto executório vai tornar mais premente o recurso por parte dos co-contratantes às providências cautelares, ao abrigo dos artigos 112.º e segs. do *CPTA*, de forma a salvaguardarem os seus interesses.

Um outro mecanismo com grande proeminência nesta matéria é o regime de contencioso pré-contratual, constante dos artigos 100.º e seguintes do *CPTA*.

Os objectivos subjacentes ao regime do contencioso pré-contratual consistem em: procurar garantir que os particulares envolvidos em procedimentos de contratação pública, alegadamente lesados nos seus direitos e interesses legítimos por comportamentos de entes públicos que dirijam tais procedimentos, tenham à sua disposição instrumentos processuais eficazes; garantir a transparência, a concorrência e a estabilidade dos contratos.

O contencioso pré-contratual tem natureza urgente. Além disso, ele não se aplica a todos os contratos, mas tão-somente aos procedimentos administrativos tendentes à celebração de contratos de empreitada e de concessão de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens (artigos 100.º n.º 1 e 46.º n.º 3 do *CPTA*). Ficam excluídos, entre outros, as concessões de serviços públicos.

6.5 – Controlo jurisdicional exercido pelo Tribunal de Contas

Os contratos públicos estão ainda sujeitos a uma outra modalidade de controlo jurisdicional, com um cariz financeiro. Trata-se do controlo exercido pelo Tribunal de Contas, com vista a apurar da legalidade da despesa, mas também a legalidade dos procedimentos.

No entanto, importa já elucidar que este controlo recai tanto sobre os contratos administrativos como sobre os contratos de direito privado outorgados pela Administração Pública.

Estão assim sujeitas à actuação do Tribunal de Contas as entidades integradas no sector público administrativo e no sector público empresarial, bem como a generalidade das entidades que gerem ou utilizam dinheiros públicos, discriminadas no artigo 2.º na Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (*LOPTC*).

Acontece que, atendendo ao momento do respectivo exercício, a função de fiscalização ou controlo financeiro envolve o exercício dos seguintes poderes fundamentais: *i)* poderes de fiscalização prévia (preventiva ou *a priori*), previsto essencialmente nas disposições dos artigos 5.º n.º 1 al. c), 44.º a 48.º e 81.º a 86.º; *ii)* poderes de fiscalização concomitante; *iii)* e poderes de fiscalização sucessiva ou *a posteriori*.

A fiscalização prévia tem por fim verificar se os contratos de qualquer natureza estão conforme às leis em vigor e se os respectivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria (cfr. artigo 44.º n.º 1 da *LOPTC*).

Encontram-se sujeitas a esta modalidade de fiscalização as entidades enunciadas no artigo 2.º n.º 1 e artigo 5.º n.º 1 al. c) da *LOPTC*.

O controlo prévio exerce-se através da concessão ou a recusa de visto nos actos jurídicos a ela sujeitos ou através da declaração de conformidade (cfr. artigo 46.º n.º 4 da *LOPTC*). Esta última apenas ocorre quando não haja dúvidas sobre a legalidade do acto ou contrato (cfr. artigo 83.º da *LOPTC*).

Constituem fundamento para a recusa de visto a ilegalidade dos contratos com as leis em vigor que implique nulidade, encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação directa de normas financeiras e a ilegalidade que altere ou possa alterar o respectivo resultado financeiro (cfr. artigo 44.º n.º 3 da *LOPTC*). Nesta última hipótese, *o tribunal, mediante decisão fundamentada, pode conceder o visto e fazer recomendações às entidades no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades* (cfr. artigo 44.º n.º 4 da *LOPTC*).

Em caso de recusa do visto ou da declaração de conformidade, haverá lugar à ineficácia do respectivo contrato.

Mas apenas estão sujeitos a fiscalização prévia, nos termos do artigo 46.º n.º 1 alíneas b) e c) da *LOPTC*, *os contratos reduzidos a escrito de obras públicas, aquisição de bens e serviços, bem como outras aquisições patrimoniais que impliquem despesa, bem como as minutas dos contratos de valor igual ou superior ao*

fixado nas leis do Orçamento nos termos do artigo 48.º, cujos encargos, ou parte deles, tenham de ser satisfeitos no acto da sua celebração. Ora, segundo o artigo 159.º n.º 1 da Lei do Orçamento para 2009 (Lei n.º 64-A/2008, de 31/12) estão isentos do visto do Tribunal de Contas os contratos que titulem despesa cujo montante não exceda o valor de € 350.000.

Sublinhe-se ainda que, por força do artigo 45.º n.º 1 da LOPTC, os contratos sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas podem produzir todos os seus efeitos antes do visto ou da declaração de conformidade, excepto quanto aos pagamentos a que derem causa.

No entanto, quando tenha havido produção de efeitos antes do visto ou da declaração de conformidade, *a recusa do visto implica apenas ineficácia jurídica dos respectivos actos, contratos e demais instrumentos após a data da notificação da respectiva decisão aos serviços ou organismos interessados* (cfr. artigo 45.º n.º 2 da LOPTC). Possibilitando-se, inclusivamente, nos termos do n.º 3 do referido art. 45.º da LOPTC, *que os trabalhos realizados ou os bens ou serviços adquiridos após a celebração do contrato e até à data da notificação da recusa do visto poderão ser pagos após esta notificação, desde que o respectivo valor não ultrapasse a programação contratualmente estabelecida para o mesmo período.*

O visto do Tribunal de Contas traduz-se, deste modo, numa *decisão materialmente jurisdicional, constituindo um acto de controlo externo, prévio e preventivo sobre actos e contratos da administração, relativamente aos quais é uma conditio iuris, requisito de eficácia financeira e de manutenção da eficácia (relativamente aos efeitos não financeiros).*¹⁸¹

Por último, atendendo à jurisprudência daquele Tribunal, denota-se que a fiscalização prévia de contratos públicos se focaliza sobretudo no cumprimento do procedimento administrativo legalmente imposto, no exame do programa de concurso e do caderno de encargos, na apreciação dos critérios de adjudicação, tendo por finalidade aferir da sua conformidade com os princípios e a lei em vigor.

No que concerne à fiscalização concomitante dos contratos públicos, ela é efectivada através da realização de auditorias aos procedimentos administrativos relativos aos contratos que não devam ser remetidos para fiscalização prévia (cfr. artigo 49.º da LOPTC).

Nos relatórios dessas auditorias constam observações e recomendações, os quais podem gerar processos de efectivação de responsabilidades.

A fiscalização concomitante possibilita ainda que, quando se apure a ilegalidade de procedimento pendente de contrato ainda não executado, se ordene a remessa desse contrato para fiscalização prévia (cfr. artigo 49.º n.º 2 da LOPTC).

¹⁸¹ JOSÉ F. F. TAVARES, *Os Contratos Públicos e a sua Fiscalização pelo Tribunal de Contas*, in *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008, p. 979.

Quanto à fiscalização sucessiva, ela tem por fim avaliar os sistemas de decisão e de controlo interno e apreciar a correcção financeira, a legalidade ou a economia, eficiência e eficácia da gestão financeira das entidades sujeitas ao controlo do Tribunal de Contas. Esta espécie de fiscalização é realizada por via de auditorias às mais variadas matérias. Entre essas matérias encontra-se obviamente a actividade contratual das entidades sujeitas ao controlo do Tribunal de Contas, com o objectivo de avaliar a respectiva gestão de um determinado ano.

Cumprindo por último assinalar que, o Tribunal de Contas tem uma secção jurisdicional, responsável por julgar os processos de efectivação de responsabilidade financeira decorrente de factos evidenciados em relatórios de auditoria, sob a iniciativa do Ministério Público (cfr. artigo 57.º e segs. da *LOPTC*).

Nesses processos o Tribunal pode deliberar a reposição dos dinheiros desviados ou indevidamente gastos (*v.g.* pagamentos por trabalhos não executados) e/ou aplicar multas pela violação de normas legais (*v.g.* não realização de concursos públicos ou incumprimento de regras nos procedimentos).¹⁸²

6.6- Arbitragem

A importância da arbitragem, enquanto meio alternativo de resolução de conflitos, tem sido crescente, sendo actualmente pacífica a admissibilidade da arbitragem no domínio do contencioso dos contratos administrativos (cfr. artigos 209.º n.º 2 da *CRP*, 180.º n.º 1 do *CPTA*, 36.º n.º 1 al. c) do *ETAF*, 1.º n.º 4 da Lei n.º 31/86, de 31 de Outubro). Muitas vezes, é o próprio legislador que impõe o recurso à arbitragem (*v.g.* artigo 182.º do *CPTA*).

A arbitragem consiste numa resolução jurisdicional de litígios por tribunais não estaduais, compostos por árbitros que as partes elegem e conferem poderes para tomar decisões jurisdicionais que têm a mesma força e valor jurídico das sentenças dos tribunais estaduais. Daí que não se deva confundir tribunais arbitrais com as situações de arbitragem administrativa de conflitos, exercida por entidades administrativas (como por exemplo: os centros de arbitragem).

Com efeito, se a possibilidade de recurso à arbitragem estiver prevista no próprio contrato, tendo por fim dirimir eventuais conflitos futuros, está-se perante uma cláusula compromissória. Enquanto, se o contrato nada dispor sobre esta matéria, e a convenção de arbitragem for

¹⁸² Para um estudo mais aprofundado nesta matéria *vide* JOSÉ F. F. TAVARES, *Extensão e limites dos poderes do Tribunal de Contas*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 71, CEJUR, Setembro/Outubro 2008, pp. 38-44, TIAGO DUARTE, *Tribunal de Contas, visto prévio e tutela jurisdicional efectiva? Yes, we can*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 71, CEJUR, Setembro/Outubro 2008, pp. 30-37 e JOSÉ F. F. TAVARES/LIDIO DE MAGALHÃES, *Tribunal de Contas – Legislação Anotada*, Almedina, Coimbra, 1990.

estabelecida num momento posterior à celebração do contrato para dirimir um conflito já existente (mas ainda não submetido ao Tribunal Administrativo), está-se perante um compromisso arbitral (cfr. artigos 187.º n.º 1 al. a) do *CPTA* e 1.º n.º 2 da Lei de Arbitragem Voluntária - *LAV*).

O novo *CCP*, ao contrário do que sucedia no *CPA*, não contém qualquer disposição que admita expressamente que devem ser decididas por árbitros as questões que venham a ser suscitadas entre as partes num contrato administrativo. Todavia, no corpo daquele código podemos achar diversas normas avulsas, onde se pode deduzir a possibilidade genérica da arbitragem nos contratos administrativos, designadamente nos artigos: 283.º n.º 4; 296.º n.º 1; 311.º n.º 1 al. b); 313.º n.º 3; 330.º al. c); 332.º n.ºs 1 al. e) e 3; 333.º n.º 1 al. f); 342.º; 373.º n.º 5.

No que concerne aos contratos de direito privado outorgados pela Administração Pública, aplica-se directamente a *LAV*, por força do seu artigo 1.º n.º 4. Já no que se refere aos contratos administrativos, diz-nos o artigo 180.º n.º 1 al. a) do *CPTA* que *sem prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação de actos administrativos relativos à respectiva execução*. Sendo certo que este *tribunal arbitral é constituído e funciona nos termos da lei sobre arbitragem voluntária, com as devidas adaptações* (cfr. artigo 181.º n.º 1 do *CPTA*). Na verdade, a especificidade da decisão arbitral administrativa reside sobretudo no facto da competência recair sobre os tribunais administrativos em tudo o que cabe aos tribunais estaduais relativamente aos processos arbitrais.

As diferenças fazem sentir mormente a nível de processo e do próprio regime de arbitragem, não fosse o artigo 180.º n.º 1 do *CPTA* uma lei especial face à *LAV*. Desde logo, porque nos contratos de direito privado não vigora o direito potestativo do administrado desencadear a arbitragem, mesmo na falta de uma cláusula, pois o disposto no artigo 182.º do *CPTA* não encontra analogia na *LAV*.

Por outro lado, o artigo 180.º n.º 1 alínea a) do *CPTA*, ao consagrar a competência de tribunais arbitrais em termos de apreciação de actos administrativos respeitantes à execução dos contratos (ou seja, aqueles em a Administração Pública se faz prevalecer das suas prerrogativas de autoridade para definir de forma imperativa e unilateral uma situação jurídica), alargou substancialmente a competência jurisdicional dos tribunais arbitrais. Visto sempre se ter entendido que a arbitragem só era admissível quando havia uma situação de igualdade entre as partes em litígio e quando as relações jurídicas não estivessem subtraídas ao domínio da vontade das partes. Pelo que, tradicionalmente a arbitragem funcionava sobretudo em torno de questões patrimoniais, mais propriamente, de efectivação da responsabilidade civil ou na interpretação, validade ou execução de contratos administrativos. E uma vez que, o contencioso da legalidade dos actos administrativos era entendido como sendo de ordem pública e, por isso, matéria indisponível, ele

não podia ser submetido a juízo arbitral.

A grande vantagem desta solução legal é o de possibilitar, num mesmo processo, seja avaliada a globalidade da relação jurídica em causa, sem atender se o acto em apreciação consiste numa declaração negocial ou acto administrativo.

Simplesmente, não se nos afigura como possível estender ao procedimento de formação dos contratos o regime de admissibilidade de arbitragem consagrado no artigo 180.º n.º 1 alínea a) do *CPTA*. O que não sucede nos contratos de direito privado celebrados pela Administração.

O recente *CCP* prevê ainda, no domínio dos contratos administrativos, a faculdade de um tribunal arbitral poder modificar esse contrato em caso de alteração anormal das circunstâncias ou por razões de interesse público decorrentes de necessidades novas, bem como o poder de resolver esse contrato (cfr. artigos 311.º e 330.º al. c) do *CCP*).

Registe-se ainda que, quando o contrato estipular que todos os litígios devem ser dirimidos por recurso à arbitragem, tal cláusula vincula apenas as partes do contrato. De forma que, os terceiros com legitimidade para propor acções relativas a contratos têm de o fazer junto dos tribunais administrativos, salvo na eventualidade de terem aceite o compromisso arbitral (artigos 40.º n.º 2 e 180.º n.º 2 do *CPTA*). Pois, se fosse possível às partes recorrerem livremente à jurisdição arbitral para efeitos de apreciação de validade de um acto administrativo que beneficia um terceiro, inutilizaria o direito desse terceiro de vir defender a posição favorável que para ele decorre do acto impugnado.

De acordo com a *LAV*, os árbitros devem julgar conforme os padrões normativos de juridicidade, a menos que a convenção de arbitragem preveja o julgamento segundo juízos de equidade (cfr. artigo 22.º da *LAV*). Não nos querendo parecer que pelo facto de estar em litígio um contrato administrativo que esta regra deixe de poder ser aplicada, dado que as normas imperativas de direito administrativo não são mais imperativas do que as do direito civil ou comercial. Mesmo quando está em causa no processo arbitral um acto administrativo praticado no âmbito da execução do contrato. Até porque um tribunal arbitral ao julgar em termos de equidade não está a julgar contra a lei, mas sim a determinar, segundo as normas gerais e abstractas do direito administrativo, qual a solução mais justa para o caso em litígio, tendo em conta os interesses e valores em jogo.

As decisões arbitrais têm efeito de caso julgado e força executiva própria das sentenças judiciais, ainda que o tribunal arbitral não disponha de poderes de execução. Aliás, a execução das sentenças dos tribunais arbitrais ocorre nos tribunais administrativos.

Além disso, as decisões dos tribunais arbitrais são passíveis de anulação judicial, quando padeçam de algum dos vícios mencionados no artigo 27.º da *LAV*. O órgão competente para a

anulação é o TCA (artigo 186.º n.º 1 do *CPTA* e artigo 37.º alínea b) do *ETAF*). Paralelamente, quando as partes não tiverem renunciado ao recurso ou não tenham autorizado o tribunal a decidir segundo a equidade, as decisões arbitrais podem igualmente ser objecto de recurso de mérito, a apreciar igualmente pelo TCA (artigos 186.º n.º 2 do *CPTA* e 29.º da *LAV*).¹⁸³

Conclusão

O recente Código dos Contratos Públicos manteve inalterado no ordenamento nacional a dicotomia clássica entre contratos administrativos e contratos de direito privado da Administração Pública, para efeitos de dualidade de regimes jurídicos substantivos.

Vigorando, assim, entre nós um princípio geral de autonomia pública contratual, mas não de liberdade contratual, na medida em que a Administração é habilitada com o poder discricionário de escolher a forma de actuação que se mostre mais eficaz e adequada à obtenção do resultado e com a prossecução do fim de interesse público que lhe é legalmente confiado. Acontece que, os próprios princípios da legalidade e da prossecução do interesse público obstam a qualquer arbitrariedade no exercício deste recurso alternativo entre acto e contrato.

Seja como for, não obstante, o *CCP* ter ido mais além do que lhe era imposto pelo Direito Comunitário, ele não deixou de respeitar a generalidade das disposições constantes nas Directivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE. Tendo assumido particular destaque, a perfilhação pelo *CCP* tanto da concepção comunitária de contrato público como do conceito funcional e amplo de entidade adjudicante.

Com efeito, a distinção introduzida no artigo 2.º do *CCP*, entre entidades adjudicantes e organismos de direito público, tem um fundamento jus-comunitário. Pois, como foi aludido, na União Europeia tem-se assistido a uma progressiva aversão pela utilização das categorias jurídico-organizativas de direito administrativo de matriz francesa. Tal reacção prende-se com o inevitável

¹⁸³ Para um estudo mais aprofundado desta matéria *vide* JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Arbitragem e contratos públicos*, in *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008, pp. 941-966, SÉRVULO CORREIA, *A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos*, *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, FDL, Lex, Lisboa, 1995, pp. 229 e segs., JOÃO CAUPERS, *A Arbitragem na Nova Justiça Administrativa*, *Cadernos de Justiça Administrativa*, CEJUR, n.º 34, Julho/Agosto 2002, pp. 65 e segs.; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Novo Direito à Outorga de Compromisso Arbitral (Artigo 182.º do CPTA)*, *IV Conferência: Meios Alternativos de Resolução de Litígios*, Agora Comunicação, Lisboa, 2005, pp. 21 e segs.

desejo dos governos de manipular essas categorias, com vista a limitar e condicionar aplicabilidade do direito comunitário. Daí que, principalmente no âmbito das garantias da concorrência, as instituições comunitárias vêm implementando um conceito de contrato público onde é dispensável o elemento da natureza jurídico-pública das entidades que outorgam contratos, cujo objecto respeita à prossecução de interesses públicos. Ou seja, está a tentar-se implementar no seio comunitário uma concepção de contrato público onde o elemento central deixa de ser o aspecto orgânico-jurídico para passar a ser o funcional-económico.

De forma que, o direito administrativo português tem vindo aos poucos a adaptar-se às exigências impostas pelo direito comunitário e abandonado, assim, a clássica distinção entre pessoas colectivas públicas e pessoas colectivas privadas que prossigam interesses de natureza pública, em condições passíveis de limitar ou condicionar a concorrência.

Paralelamente, o incremento da regulamentação comunitária em matéria de contratação pública veio enfraquecer (sem contudo, derrogar) quer com a concepção, típica dos sistemas de inspiração francesa, de autonomia substantiva de alguns contratos da Administração Pública (em comparação com os demais contratos da Administração e em comparação com os contratos celebrados por particulares), quer com os critérios tradicionais de repartição de competência jurisdicional neste domínio.

Simplemente, e tal como ficou devidamente evidenciado na presente prelecção, o facto de o CCP consagrar um regime jurídico substantivo próprio para a figura de contrato administrativo, em nada afecta a sua conformidade com o Direito Comunitário da contratação pública. Isto porque, este último é composto sobretudo por regras procedimentais, que visam assegurar a publicidade e a não discriminação em razão da nacionalidade. Tratando-se basicamente de um direito comum de procedimentos, que pouco têm a ver com a execução do contrato (à excepção da integração de aspectos sociais e ambientais em sede de execução do contrato).

Assim, ainda é válido dizer-se que o regime jurídico dos contratos administrativos é composto por normas que concedem prerrogativas especiais de autoridade à Administração Pública e, em compensação, por normas que estabelecem a esta deveres ou sujeições especiais.

Note-se que, foi realmente partindo das prerrogativas de autoridade da Administração e do facto da sua pretensa incompatibilidade com o direito contratual privado, que a doutrina instituiu o regime exorbitante do contrato administrativo e fundamentou a sua autonomia em relação aos contratos privados.

E apesar de haver um núcleo de normas que constituem um *direito comum da contratação pública*, aplicável a qualquer um dos contratos celebrados pela Administração e que, em muitas circunstâncias, o contrato administrativo fica sujeito ao regime geral de direito civil (*v.g.* artigo 284.º

n.º 3 e 285.º n.º 3 do CCP). Os poderes que a Administração exerce durante a execução do contrato continuam a possuir algo que os torna diferentes em relação ao regime jurídico-privado, seja pela (des)necessidade de se encontrarem expressos no contrato ou na lei para poderem ser exercidos, seja pela (des)necessidade de se recorrer à via judicial para a execução das suas consequências, sendo suficiente um mero acto administrativo (à excepção das declarações negociais do contratante público sobre interpretação e validade do contrato).

Além disso, fica igualmente a ideia de o poder de modificação unilateral ser aquele que é mais “estranho” aos contratos de direito privado. Parecendo constituir um poder tipicamente público, proveniente da volubilidade dos interesses públicos prosseguidos com o contrato e da correspondente indispensabilidade de o adequar a tais variações.

Não é demais referir que, o ordenamento português continua, sem dúvida, a atribuir ao contrato administrativo uma posição de destaque, enquanto instrumento consensual da prossecução de interesses de natureza pública. Esta constatação é sobretudo importante no contexto de uma Administração contemporânea, que tenta valorizar os métodos da concertação e da participação.

Além disso, a autonomia do contrato administrativo não impõe que o respectivo regime seja inteiramente dispar do previsto para os contratos de direito privado. Basta a submissão a um regulamento com peculiaridades relativas, assente na própria autonomia do direito administrativo.

Por conseguinte, parece-me que há efectivamente bastantes diferenças - e diferenças relevantes - entre os contratos administrativos e os de direito privado, justificando-se assim plenamente destacar uma figura autónoma de contrato administrativo.

Parafraseando MARIA JOÃO ESTORNINHO, *está por um fio qualquer autonomia ou especificidade do contrato administrativo*. Mas, a esta locução cumpre acrescentar:

embora reste ainda um pequeno filamento que insiste em se manter, o qual marca ainda a diferença.

Bibliografia

❖ Literária:

- ALMEIDA**, João Carlos Amaral - *Os Organismos de direito público e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu, Estudos em Homenagem do Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Lisboa, 2006
- ALMEIDA**, Mário Aroso - *Contratos Administrativos e Poderes de Conformação do Contraente Público no Novo Código dos Contratos Públicos*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 66, CEJUR, Novembro/Dezembro 2007
- *O Novo Direito à Outorga de Compromisso Arbitral (Artigo 182.º do CPTA), IV Conferência: Meios Alternativos de Resolução de Litígios*, Agora Comunicação, Lisboa, 2005
- ALMEIDA**, Mário Aroso; **CADILHA**, Carlos Fernandes - *Comentário ao Código do Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, 2005
- AMARAL**, Diogo Freitas - *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I e Vol. II, Almedina, Coimbra, 2001
- AMARAL**, Diogo Freitas; **ALMEIDA**, Mário Aroso - *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*, Coimbra, 2004
- AMORIM**, João Pacheco de, *A Invalidade e a (In)eficiência do Contrato Administrativo no Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008
- ANDRADE**, José Carlos Vieira - *A Justiça Administrativa (Lições)*, Almedina, 2007
- ANDRADE**, José Robin de - *Arbitragem e contratos públicos*, in *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008
- ATHAYDE**, Augusto - *Para a Teoria do Contrato Administrativo: Limites e Efeitos do Exercício do Poder de Modificação Unilateral pela Administração*, *Estudos de Direito Público em Honra do Professor Marcello Caetano*, Ática, Lisboa, 1973
- *Poderes Unilaterais da Administração sobre o Contrato Administrativo*, Editora Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1981
- BOQUERA OLIVER**, Jose Maria - *Poder Administrativo y Contrato*, Col. Conferencias e Documentos, n.º 27, 1970
- CAETANO**, Marcello - *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1980
- CATELA**, Miguel - *A noção de entidade adjudicante no Direito Comunitário Europeu da Contratação Pública*, in *Estudos em Homenagem de Cunha Rodrigues*, Vol. II, Coimbra, 2001
- CAUPERS**, João - *A Arbitragem na Nova Justiça Administrativa*, Cadernos de Justiça Administrativa, CEJUR, n.º 34, Julho/Agosto 2002
- *Âmbito de aplicação subjectiva do Código dos Contratos Públicos*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 64, CEJUR, Julho/Agosto 2007
- *Empreitadas e concessões de obras públicas: fuga para o direito comunitário?*, Separata do Volume Especial 2005 de Direito e Justiça
- *Introdução ao Direito Administrativo*, Âncora Editora, Lisboa, 2000
- CORREIA**, Sérvulo - *A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos*, *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, FDL, Lex, Lisboa, 1995
- *A Autonomia Contratual da Administração no Direito Inglês*, Separata dos *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Coimbra, 1988
- *Contrato Administrativo*, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, III, Lisboa, 1990
- *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987
- DEBBASCH**, Charles - *Le Droit Administratif face à l'Évolution de l'Administration Française*, in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, Tomo 2, L.G.D.J., Paris, 1974

- DUARTE**, Tiago - *Tribunal de Contas, visto prévio e tutela jurisdicional efectiva? Yes, we can*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 71, CEJUR, Setembro/Outubro 2008
- ESTORNINHO**, Maria João - *A Reforma de 2002 e o Âmbito da Jurisdição Administrativa*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 35, CEJUR, Setembro/Outubro 2002
- *Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006
 - *Fuga para o Direito Privado*, Almedina, Coimbra, 1999
 - *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990
- GARCIA DE ENTERRIA**, Eduardo - *La Figura del Contrato Administrativo in Studi in Memoria di Guido Zanobini*, II, Milão, 1965
- GARCIA DE ENTERRIA**, Eduardo; **FERNÁNDEZ**, TOMÁS-RAMÓN - *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I e Vol. II, Civitas, Madrid
- GARRIDO FALLA**, Fernando - *Tratado de Derecho Administrativo*, II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980
- GIMENO SENDRA**, Vicente; **MORENO CATENA**, Victor; **GARBERÍ LLOBREGA**, José; **GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO**, Nicolás - *Curso de Derecho Procesal Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valência, 1992
- GONÇALVES**, Pedro - *A Concessão de Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 1999
- *A Relação Jurídica Fundada em Contrato Administrativo*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 64, CEJUR, Julho/Agosto 2007
 - *O Contrato Administrativo – Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 1999
 - *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Coimbra, 2007
 - *Cumprimento e Incumprimento do Contrato Administrativo, Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008
- GUETTIER**, Christophe - *Droit des Contrats Administratifs*, Paris, 2004
- HEBERLEIN**, Ingo - *Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag?*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, Carl Heymanns, Koeln, 1982
- KIRKBY**, Mark Bobela-Mota - *Contratos Administrativos de Subordinação: natureza, funções e limites*, AAFDL, Lisboa, 2002
- LAUBADÈRE**, André - *Traité de Droit Administratif*, I, 9 L.G.D.J., Paris, 1984
- LAUBADÈRE**, André; **MODERNE**, Franck; **DELVOLVÉ**, Pierre - *Traité des Contrats Administratifs*, Vol. I, L.G.D.J., Paris, 1983
- LEITÃO**, Alexandra - *Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações in house*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 65, CEJUR, Setembro/Outubro 2007
- *O Enriquecimento Sem Causa da Administração Pública*, AAFDL, Lisboa, 1998
- LEYLAND**, Peter; **WOODS**, Terry - *Administrative Law*, Oxford University Press, 2002
- LIMA**, Fernando Andrade Pires; **VARELA**, Antunes - *Código Civil Anotado*, I, Coimbra, 1988
- MEDEIROS**, Rui - *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio concorrência*, Cadernos de Justiça Administrativa, CEJUR, n.º 69, Maio/Junho 2008
- OLIVEIRA**, Mário Esteves - *Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1984
- *Direito Administrativo*, Vol. I, Enciclopédia Pólis 1, Lisboa, 1980
- OLIVEIRA**, Mário Esteves; **GONÇALVES**, Pedro; **AMORIM**, José Pacheco - *Código do Procedimento Administrativo, Comentado*, Coimbra, 1997
- OLIVEIRA**, Rodrigo Esteves - *O Acto Administrativo Contratual*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 63, CEJUR, Maio/Junho 2007
- ORDÓÑEZ SOLÍS**, David - *La Contratación Pública en la Unión Europea*, Aranzadi, 2002

- OTERO**, Paulo - *Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas*, ROA, 1996
- PÜNTTNER**, Günter - *Widerden öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen Staat und Bürger*", DBVL, 1982
- RUIZ**, Ojeda Alberto; **MARCPU**, Gérard; **GOH**, Jeffrey - *La participación del sector privado em la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos. Francia, Reino Unido y España (Elementos comparativos para um debate)*, Civitas, Madrid, 2000
- SILVA**, Suzana Tavares - *A nova dogmática do direito administrativo: o caso da Administração por compromissos, Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008
- SOSA**, Marcelo Rebelo de; **MATOS**, André Salgado - *Direito Administrativo Geral*, Vol. III, Lisboa, 2007
- SOSA**, Marcelo Rebelo de- *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, Lex, 1999
- *O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*, Lex, Lisboa, 1994
- TAVARES**, José F. F. - *Extensão e limites dos poderes do Tribunal de Contas*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 71, CEJUR, Setembro/Outubro 2008
- *Os Contratos Públicos e a sua Fiscalização pelo Tribunal de Contas*, in *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008
- TAVARES**, José F. F.; **MAGALHÃES**, Lidio - *Tribunal de Contas – Legislação Anotada*, Almedina, Coimbra, 1990
- VARELA**, Antunes - *Das Obrigações em Geral*, I, Coimbra, 1986
- VIANA**, Cláudia - *Contratação pública e empresas públicas: direito nacional e direito comunitário*, Cadernos de Justiça Administrativa, CEJUR, n.º 52, Julho/Agosto de 2005
- *Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2007

❖ Legislativa:

- Código de Procedimento Administrativo – Anotado por: **AMARAL**, Diogo Freitas; **CAUPERS**, João; **CLARO**, João Martins; **RAPOSO**, João; **GARCIA**, Maria da Glória Dias; **VIEIRA**, Pedro Siza; **SILVA**, Vasco Pereira, Almedina, 2005
- Código dos Contratos Públicos – Comentado e Anotado por **SILVA**, Jorge Andrade, Almedina, 2008
- Código de Processo Tributário Administrativo, Almedina, 2007
- Anteprojecto do novo Código dos Contratos Públicos
- Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que aprovou o novo Código dos Contratos Públicos
- Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, Almedina, 2007
- Código Civil, Almedina, 2008
- Constituição da República Portuguesa, Almedina, 2005
- Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, disponível no site www.tcontas.pt
- Lei de Arbitragem Voluntária, disponível em www.verbojuridico.net
- Tratado da União Europeia, disponível em www.simap.europa.eu
- Tratado Sobre o Funcionamento da UE, disponível em www.simap.europa.eu
- Directiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31/03, disponível em www.simap.europa.eu
- Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31/03, disponível em www.simap.europa.eu
- Directiva n.º 89/665/CEE, do Conselho, de 21/12/1989, disponível em www.simap.europa.eu
- Directiva n.º 92/13/CEE, do Conselho, de 25/02/1992, disponível em www.simap.europa.eu

- Directiva n.º 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11/12/2007, disponível em www.simap.europa.eu

❖ Jurisprudência Nacional

- Acórdão do STA, I.ª secção, de 21/05/1996, proferido no processo n.º 35.739
- Acórdão do STA, I.ª secção, de 24/03/1998, proferido no processo n.º 42.594
- Acórdão do STA, I.ª secção, de 25/01/2001, proferido no processo n.º 46.798
- Acórdão do STA, I.ª secção, de 05/04/2005, proferido no processo n.º 266/05

❖ Jurisprudência do Tribunal de Justiça

- Acórdão *Adolf Truley*, de 27/02/2003, proferido no processo n.º C-373/00
- Acórdão *Agorà*, de 10/05/2001, proferido no processo n.º C-223/99 e C-260/99
- Acórdão *Arge*, de 07/12/2000, proferido no processo n.º C-94/99.
- Acórdão *Ballast Nedam*, de 14/04/1994, proferido no processo n.º C-389/92
- Acórdão *Becker*, de 19/01/1982, proferido no processo n.º 8/81
- Acórdão *Beentjes*, de 20/09/1988, proferido no processo n.º 31/87
- Acórdão *BFI Holding*, de 10/11/1998, proferido no processo n.º C-360/96
- Acórdão *Bosman*, de 15/12/1995, proferido no processo n.º C-415/93
- Acórdão *British Telecommunications*, de 12/12/1996, proferido no processo C-302/94
- Acórdão *Ciola*, de 29/04/1999, proferido no processo n.º C-224/97
- Acórdão *Comissão/Áustria*, de 10/11/2005, proferido no processo n.º C-29/04
- Acórdão *Comissão/Bélgica*, de 17/09/1998, proferido no processo n.º C-323/96
- Acórdão *Comissão/Cás Succhi di Fruta SPA*, de 29/04/2004, proferido no processo n.º C-496/99
- Acórdão *Comissão/Espanha*, de 13/01/2005, proferido no processo n.º C-84/03
- Acórdão *Comissão/Espanha*, de 16/10/2003, proferido no processo n.º C-283/00
- Acórdão *Comissão/França*, de 05/10/2000, proferido no processo n.º C-337/98
- Acórdão *Comissão/França*, de 01/02/2001, proferido no processo n.º C-237/99
- Acórdão *Comissão/Irlanda*, de 17/12/1998, proferido no processo n.º C-353/96
- Acórdão *Comissão/Portugal*, de 11/07/1991, proferido no processo n.º C-247/89
- Acórdão *Concordia*, de 17/09/1999, proferido no processo n.º C-513/100
- Acórdão *Connemara*, de 17/12/1998, proferido no processo n.º C-306/976
- Acórdão *Du Pont de Nemours Italiana*, de 20/03/1990, proferido no processo n.º C-21/88
- Acórdão *Korhonen Oy*, de 22/05/2003, proferido no processo n.º C-18/01
- Acórdão *Lombardia*, de 23/02/1994, proferido no processo n.º C-236/92
- Acórdão *Lütticke*, de 16/06/1996, proferido no processo n.º 57/65
- Acórdão *Mannesmann*, de 15/01/1998, proferido no processo n.º C-44/96
- Acórdão *Pressetex*, de 16/06/2008, proferido no processo n.º C-454/06
- Acórdão *Ratti*, de 05/04/1979, proferido no processo n.º 148/78
- Acórdão *Salgoil*, de 19/12/1968, proferido no processo n.º 13/68,
- Acórdão *Scala*, de 12/07/2001, proferido no processo n.º C-399/98
- Acórdão *Stadt Halle*, de 11/11/2005, proferido no processo n.º C-26/03

- Acórdão *Teckal*, de 18/11/1999, proferido no processo n.º C-107/98
- Acórdão *Telaustria*, de 07/12/2000, proferido no processo n.º C-324/98
- Acórdão *Unitron Scandinavia*, de 18/11/1999, proferido no processo n.º C-275/CEE
- Acórdão *Universale-Bau*, de 12/12/2002, proferido no processo n.º C-470/99
- Acórdão *University of Cambridge*, de 03/10/2000, proferido no processo n.º C-380/98
- Acórdão *Van Duyn*, de 04/12/1974, proferido no processo n.º 41/76
- Acórdão *Van Gend & Loos*, de 05/02/1963, proferido no processo n.º 26/62
- Acórdão *Walrave e Koch*, de 12/12/1974, proferido no processo n.º 36/74

❖ Publicações e Relatórios:

- *A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future*, de 03/02/2004, disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/public-proc-market-final-report_en.pdf.
- COMISSÃO, *Comunicação interpretativa sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar aspectos ambientais nos contratos públicos*, de 04/07/2001, disponível em www.simap.europa.eu
- COMISSÃO, *Buying Green! A handbook on environmental public procurement*, de Agosto de 2004, disponível em www.simap.europa.eu
- COMISSÃO, *Comunicação interpretativa sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar aspectos sociais nesses contratos*, de 15/10/2001, disponível em www.simap.europa.eu
- COMISSÃO, *Comunicação: Os contratos públicos na União Europeia*, de 11/03/1998, disponível em www.simap.europa.eu.
- COMISSÃO, *Guia das regras relativas aos processos de adjudicação dos contratos públicos de obras*, disponível em www.simap.europa.eu
- *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, sobre as Parcerias Público-Privadas e o direito comunitário sobre contratos públicos e concessões*, de 15/11/2005, disponível em www.simap.europa.eu
- *Comunicação interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias Público-Privadas Institucionalizadas*, de 12/04/2008, disponível em www.simap.europa.eu
- *Conseil d'État, Cie du Gaz de Bordeaux*, 24/03/1917, in LONG-WEIL-BRAIBANT-DELVOLVÉ-GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 1990
- *Conseil d'État, Gaz de Déville-lès- Rouen*, 10/01/1902, in LONG-WEIL-BRAIBANT-DELVOLVÉ-GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 1990
- *Conseil d'État, Cie Générale Française de Trai Iways*, 21/03/1910, in LONG-WEIL-BRAIBANT-DELVOLVÉ-GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 1990
- *Revue du Droit Public*, 1910
- *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões*, de 30/04/2004, disponível em www.simap.europa.eu
- *Programa Geral para a Supressão das Restrições à Liberdade de Estabelecimento*, aprovado em 18/12/1961, disponível em www.simap.europa.eu
- *Programa Geral para a Supressão das Restrições à Livre Prestação de Serviços*, aprovado em 18/12/1961, disponível em www.simap.europa.eu

❖ Páginas Electrónicas:

- [www.dgsi.pt/ jtca.nsf](http://www.dgsi.pt/jtca.nsf)
- www.portugal.gov.pt
- www.mj.gov.pt
- www.priberam.pt
- www.gperi.moptc.pt
- www.simap.europa.eu
- www.base.gov.pt
- www.dre.pt
- www.tcontas.pt
- www.verbojuridico.net